

تصدرها
تقانة
المحاميين
بجمهورية
مصر
العربية

المجلة القانونية



العددان الاول والثاني - يناير وفبراير ١٩٩٠ - السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ

صدق الله العظيم

**جريمة القتل على النساء
وجنبتهم بسندون وجنبتهم**

السيد الأستاذ / صلاح الدين جمال عبد الرحمن - المحامي

**انكار الحكم الصادر في
الدعوى الدستورية**

السيد الدكتور / عادل عمر شريف - المستشار المساعد بمجلس الدولة

المحاماة... مكتب قيمة

للسيد الأستاذ / عبد الرزاق شبيب
المحامي بالعراق

خوافار في مجال العدالة

السيد الدكتور / أحمد رفعت خفاجي - المحامي

**الوسائل الحديثة لمصمم المنازل
ذات المنحدر الأجنبي**

السيد الدكتور / هشام خالد - المحامي

قال صلى الله عليه وسلم :

على المرء المسلم السمع والطاعة فيما أحب وكره ، إلا أن يؤمر بمعصية ، فإذا أمر بمعصية فلا سمع ولا طاعة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من كره من أميره شيئا فليصبر ، فإنه من خرج من السلطان شبرا مات ميتة الجاهلية .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إنكم ستحرصون على الإمارة ، وستكون ندامة يوم القيامة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

ما بعث الله من نبي ولا استخلف من خليفة إلا كانت له بطانتان ، بطانة تأمره بالمعروف وتحضه عليه ، وبطانة تأمره بالشر وتحضه عليه ، والمعصوم من عصم الله .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إذا أراد الله بالأمير خيرا جعل له وزير صدق ، إن نسي ذكره وإن ذكر أعانه ، وإذا أراد به غير ذلك جعل له وزير سوء إن نسي لم يذكره ، وإن ذكر لم يعنه .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

الكلمة الطيبة صدقة .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

من الماضى عظـات وعبرـات

فى زمن أصبحت فيه الوطنية تهمة توجب العقاب ..
والدفاع عن الحريات جريمة تستأهل المساءلة
والحساب .. والاستمساك بحق الدفاع المقدس خروج على
كل صواب .. والتصدى للعدو الصهيونى نشاط يستوى مع
التخريب والخراب .. فقد صار التزاما على الأحزاب
والنقابات والمؤسسات - بل صارت فريضة على كل
مواطن - بذل المزيد من التضال لفضح تلك الصورة المقلوبة وصولا إلى
الكشف عن المتهمين الحقيقيين الذين انفصلوا عن الوطن .. بل صار لزاما
علينا جميعا تصحيح مسار هذا الزمن !!...

فبالأمس القريب كان الحاكم الراحل يطارد شعبه قمعا وعسفا وقهرا
واستبدادا .. ولكن وقف الشرفاء من أبناء مصر - وفى مقدمتهم نقابة
المحامين - وقفة صلبة فى مواجهة سياسات التفریط فى الحقوق .. وانتهاك
الحريات .. والخضوع للصلافة الإسرائيلية .. وإخماد صوت الأحرار ..
وتحديه إرادة المحامين .. وأسفر الصراع المرير عن سقوط الجلادين .. وبقي
شعب مصر العملاق .. فقد علمنا التاريخ أنه مهما غابت شمس الحرية فلا بد
لها أن تشرق .. ومهما امتد الليل ودجاء فلا بد للصباح أن يعود !!...

إن الماضى هو جزء من تاريخنا فهل نملك منه فرارا .. وإذا كان الماضى
جزءا من حركة حياتنا فكيف نعرض عنه ونوليه إديارا .. وماذا بعد أن نسدل
على الماضى أستارا ونقيم حوله متاريس وأسوارا .. فإن من حق مصر اليوم
أن تحيل ظلام الأمس نورا ، وأن تحيل ليله نهارا !!...

على الناس جميعا أن يدركوا أن نقابة المحامين كانت - ومازالت - براكين
غضب تتحدى كل طاغية وجلاد .. عليهم أن يدرسوا الماضى ويقرأوا صفحاته
ليستخلصوا منه العظة والعبرة !!...

سكرتير التحرير

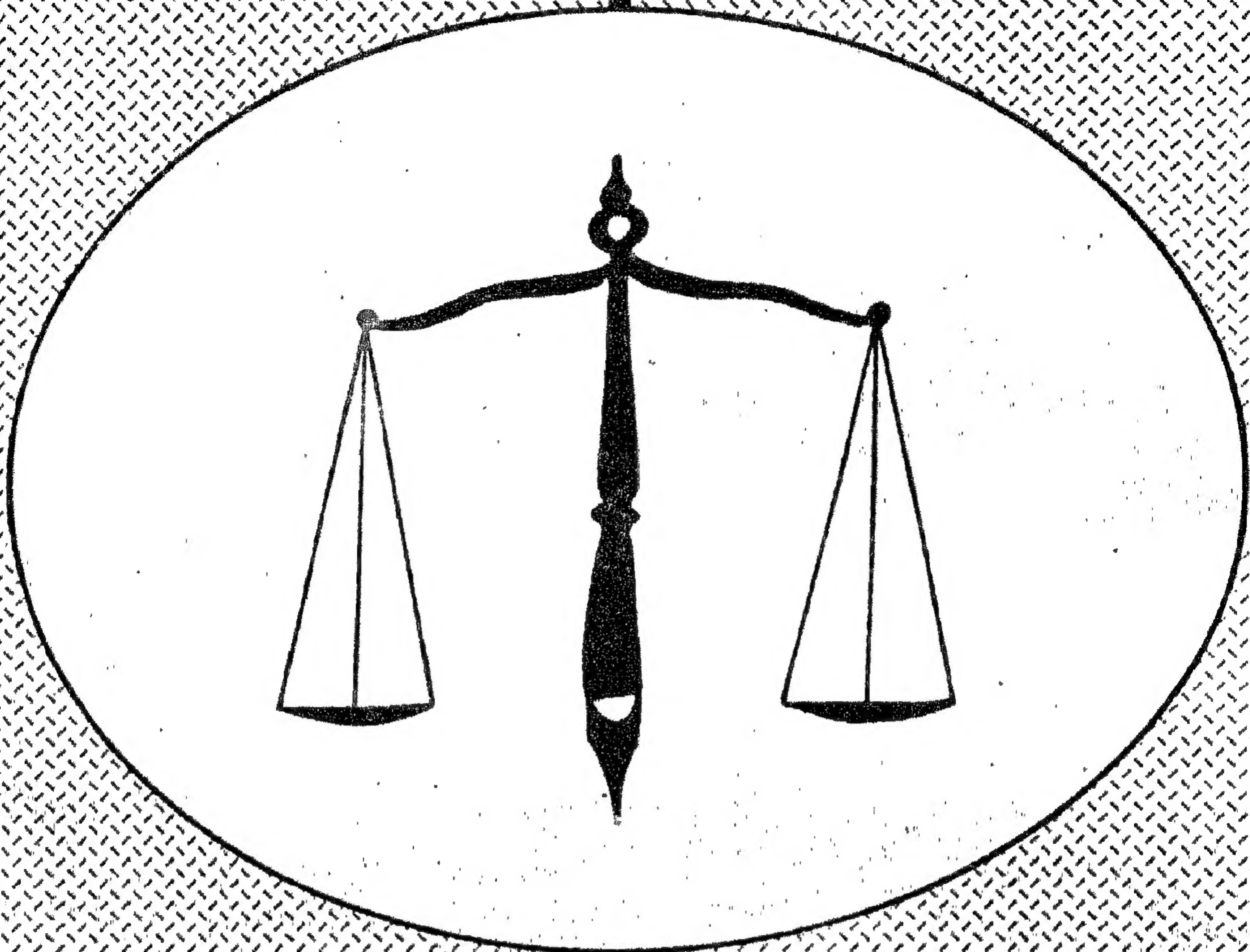
عصمة المهناري

وكيل نقابة المحامين

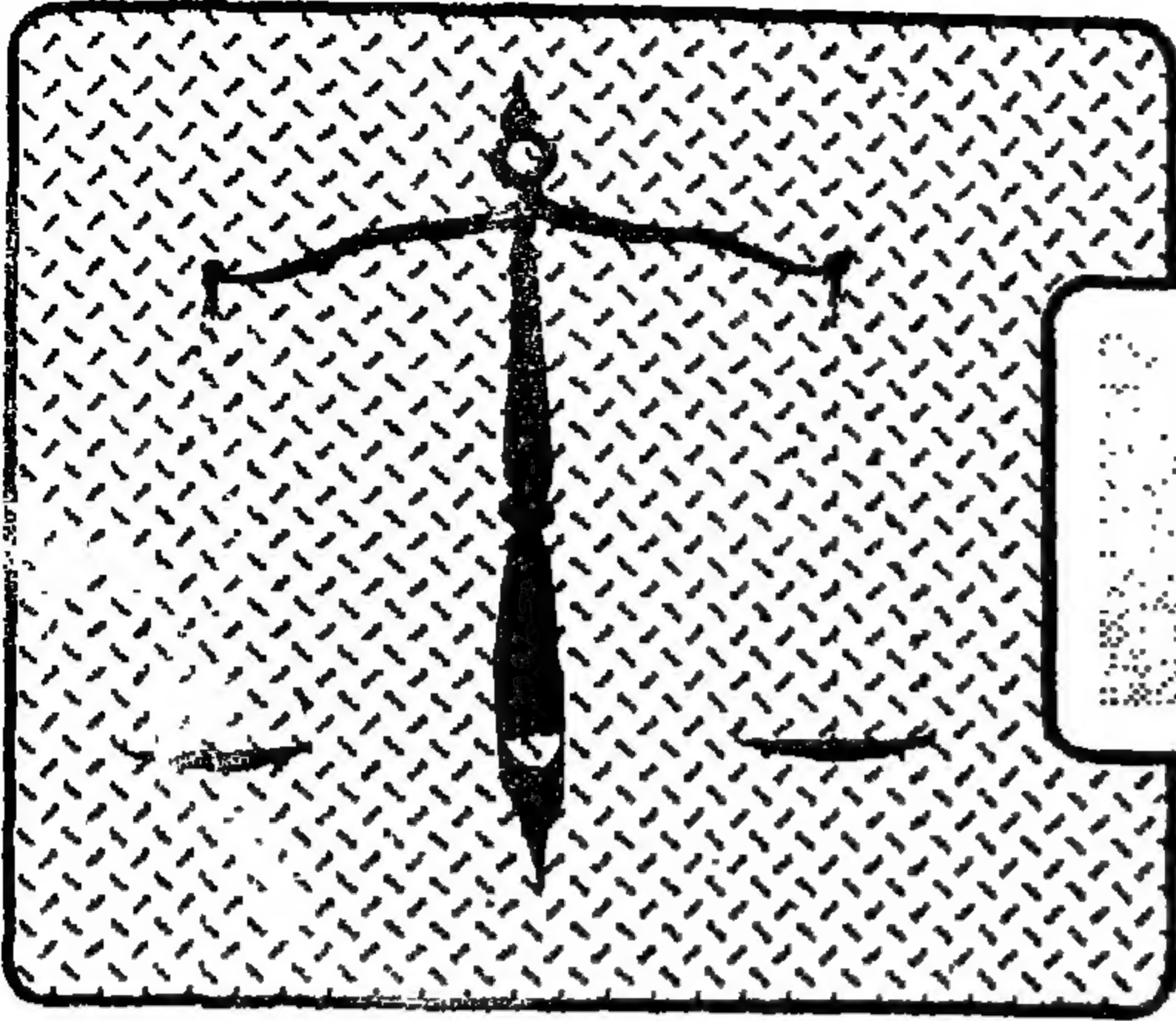
الحق غايتنا ، والعلم سبيلنا ، والجدل
الحق أسلوبنا ، ولم يكن المنصب غاية ، ولا
السب سبيلاً ، ولا الحق أسلوباً .

الأستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



مبادئ النقض في المواد المدنية

الموضوع عما امرت به من إجراء التحقيق . عدم التزامها
ببيان أسبابه متى كانت قد امرت به من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ٢٢٢٤ لسنة ٥٤ ق. جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٤ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٠٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١١ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٧٧)

عضو، جلسة ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ ص ١٢٣٨)

طلب إحالة الدعوى الى التحقيق . ليس حقا للخصوم
يتحتم إجابته اليه . لمحكمة الموضوع رفضه متى رأت
في الأوراق ما يكفي لتكوين عقيدتها . عدم التزامها بالرد
استقلالاً على كل حجة للخصوم متى أقامت قضاءها على
أسباب كافية لحمله .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥١ ق. - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥١ ق. ١٦٣ لسنة ٥٥ ق. جلسة

١٩٨٨/١٢/٧)

(الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٥ ق. - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/١٥ س ٢٧ ص ١٧٤٨)

تخلف الخصم عن إحضار شاهده أو تكليفه بالحضور
في الجلسة المحددة وفي الجلسة التالية رغم الزامه بذلك
من المحكمة . أثره . سقوط حقه في الاستشهاد به . م
١/٧٦ اثبات . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٥٣ ق. - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ س ٣٣ ع ١ ص ٢١١)

التحقيق الذي يصلح لاتخاذ سنداً للحكم . هو ما
يجرى وفقاً للأحكام التي رسمها قانون الإثبات . المادة
٦٨ وما بعدها . إقامة الحكم قضاءه على تقرير الخبير
ورفضه تحقيق دفاع الطاعن عن تملك عين النزاع

- ١ -

إثبات - إختصاص - إستئناف - إعلان - التماس
إعادة النظر - امر أداء - امر على عريضة .

إثبات

عبء الإثبات

عبء الإثبات . وقوعه على عاتق المدعى .

(دعوى المخاصمة رقم ٢٩٨٤ لسنة ٥٧ ق. - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/١٥ س ٢٩ ع ١ ص ٤٩٠)

١ - التزام المدعى بإقامة الدليل على ما يدعيه .
صاحب الدفع أو الدفاع هو المكلف بإثباته .

(الطعن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٠ ق. - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١/١٢ س ٢٨ ص ٢٢٢)

من عى ما يخالف الثابت أو على خلاف الظاهر . عليه
عبء اثباته مدعياً كان أو مدعى عليه .

(الطعن رقم ٧٢٣ لسنة ٥١ ق. - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١/٢٤ س ١٨ ص ١٩٠)

إجراءات الإثبات :

الإحالة الى التحقيق :

طلب إحالة الدعوى الى التحقيق أو ندب خبير فيها .
لمحكمة الموضوع رفض إجابته متى وجدت في أوراق
الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها . عدول محكمة

بالتقادم . خطأ في القانون وقصور .

(الطعن رقم ١٥٠٨ لسنة ٥٤ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٢١)

٢ - إرجاء المحكمة سماع شهود النفي لجلسة أخرى غير التي سمعت فيها شهود الإثبات إذا حال دون سماعهم مانع . لا بطلان . لمحكمة الموضوع سلطة تقدير هذا المانع بغير معقب .

(الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

رفض المحكمة طلب الإحالة الى التحقيق لإثبات حصول التصرف الذي تجاوز قيمته عشرون جنيها - لاعتراض الخصوم على هذا الطلب . صحيح .

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ ق. - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

- تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها . استقلال محكمة الموضوع به طالما كان سائغا . لها أن تبحث ما يقدم لها من مستندات وتأخذ بما تراه .

(الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٦ ق. - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

لقاضي الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى والاطمئنان الى أقوال الشهود دون أن يكون ملزما ببيان أسباب هذا الاطمئنان ما دام لم يخرج بتلك الأقوال عما يؤدي اليه مدلولها .

(الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٥٧ ق. - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

الدفع بالجهالة والانكار :

محكمة الموضوع . قضاؤها بعدم قبول الادعاء بالانكار وفي الموضوع معا غير جائز . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٩١ لسنة ٥٤ ق. - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٢/٢٧ س ٢٤ ع ١ ص ٢٢٢)

مناقشة موضوع المحرر . مؤداه . عدم قبول الطعن بالانكار . م ٣/١٤ إثبات . سريان ذلك على الدفع بجهالة توقيع المورث باعتباره من صور الطعن بالانكار .

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق. - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٢٢ س ٢٩ ص ١٢٩٧)

عدم انكار محجوج بصورة الورقة العرفية . مطابقتها لأصلها . أثره . اعتبارها حجة عليه في الإثبات . التفات المحكم عن الصورة الضوئية لوثيقة التأمين رغم عدم انكار المطعون ضدهم مطابقة الصورة لأصلها . خطأ في القانون وقصور .

(الطعن رقم ٢٢٠٥ لسنة ٥٦ ق. - جلسة ١٩٨٨/٤/١٢)

(الطعن رقم ٦٦٨ لسنة ٤٦ ق. جلسة ١٩٨٠/٥/٢٩ س ٢١ ص ١٥٨٧)

النزول عن المحرر بعد إنكاره أو الطعن عليه بالجهالة . مؤداه . زوال أثره في إثبات ما يدل عليه : علة ذلك . اعتماد الخبير في تقريره الذي حمل عليه الحكم على عقد البيع لإثبات وضع يد المطعون ضده وتاريخه بعد أن كان قد تنازل عن التمسك به . خطأ في القانون وفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٥٤ ق. - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

جواز طعن الوارث أو الخلف بإنكار توقيع مورثه أو من تلقى عنه الحق . مفاده . عدم حلفه يمينا . أثره . وجوب تحقيق الطعن بالإنكار . مادتين ١٤ و ٣٠ إثبات .

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ ق. - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

إنكار التوقيع على الورقة العرفية . عدم التزام المحكمة بإجراء تحقيق صحته طالما لم يطلبه من يتمسك بالمحرر ووجدت في ظروف الدعوى ما يكفي لتكوين عقيدتها فيها .

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق. - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

نفي الوارث علمه بأن التوقيع على الورقة العرفية لمورثه وحلفه اليمين على ذلك . أثره . زوال قوة الورقة مؤقتا في الإثبات حتى يقيم المتمسك بها الدليل على صحتها . عدم اقتناع المحكمة بصحة التوقيع . التزامها بالتحقيق بالمضاهاة أو بسماع الشهود أو بكليهما . التفات المحكمة عن توجيه يمين عدم العلم إلى الوارث . خطأ في القانون وقصور .

(الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٥٦ ق. - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/٩ س ٢٧ ص ١٥٤٠)

طرق الاثبات :

الاثبات بالكتابة :

مبدأ الثبوت بالكتابة :

مبدأ الثبوت بالكتابة . جواز تكملته بشهادة الشهود أو القرائن اعتبار الورقة مبدأ ثبوت بالكتابة . شرطه . م ٦٢ اثبات .

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ س ٣٢ من ٦٥٧)

ليس لأحد المتعاقدين ولا الخلف العام اثبات ما يخالف أو يجاوز ما اشتمل عليه دليل كتابي الا بالكتابة . م ٦١ اثبات . الاستثناء . جواز الاثبات بجميع الطرق إذا كان افتعال الصورية بقصد غش أو احتيال على القانون .

(الطعن رقم ١٨٣١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/١٣ س ٢٧ من ١٧٣٨)

المحركات الرسمية :

الورقة الرسمية . حجيتها . قصرها على البيانات التي قام بها الموظف العام في حدود مهمته أو وقعت من ذوى الشأن في حضوره . مجال انكارها الطعن بالتزوير . البيانات التي يدونها الموظف تحت مسئولية ذوى الشأن . جواز اثبات ما يخالفها بكافة طرق الاثبات .

(الطعن رقم ٣٠٩٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/١٦ س ٢٨ ع ١ من ٦٩٧)

حجية المحركات الرسمية بما دون فيها . الصورة الرسمية للمحركات . لها حجيتها سواء كانت تنفيذية أو غير تنفيذية . متى كان مظهرها الخارجى لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل . سقوط هذه الحجية في حالة الشك في مظهرها الخارجى .

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

القرائن

القرائن القانونية

القرينة القانونية القائمة على افتراض خطأ أمين

المخزن عند وقوع عجز في عهده التي تسلمها فعلا . م ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات . مناطها . ثبوت سيطرته الواقعية والكاملة على عهده أثناء العمل وان تمكنه النظم السائدة من المحافظة عليها . تخلف ذلك . اثره انتفاء هذه القرينة في حقه . مؤداه . وقوع عبء اثبات مسئولية أمين المخزن على عاتق الجهة الادارية .

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٣١)

القرائن القضائية :

استقلال قاضى الموضوع بتقدير القرائن وكفايتها . لا شأن لمحكمة النقض فيما يستنبطه متى كان استنباطه سائغا .

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٠ س ٣٣ من ١٤٢)

الإقرار :

إقرار المدين بحق الدائن الذى من شأنه قطع التقادم . شرطه . الا يكون الحق المطالب به قد سقط بالتقادم قبل صدور هذا الإقرار . م ١/٣٨٤ مدنى .

(الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١٢/٢٧ س ٢٩ من ٢٠٤٦)

الإقرار . ما هيته - هو ما يرد على لسان الشخص تأييدا لادعائه من أقوال فيها مصلحة لخصمه . لا يُعد من قبيل الاقرار الملزم ما لم يقصد من أدلائه بها الزام نفسه بمقتضاه .

(الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

الاقرار القضائية . تقدير قوته في الاثبات في دعوى أخرى غير التي صدر فيها . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٢٦٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

اليمين :

عدم جواز الطعن في الاحكام الصادرة بناء على اليمين

ثبوت صحة التوقيع على الورقة العرفية . أثره . جعل الورقة وما ورد فيها حجة على من وقعها سواء كان صليها محررا بخطه أو بخط غيره . علة ذلك :

(الطعن رقم ٢٢٨٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

٣ - أقوال أحد الطرفين . عدم جواز اتخاذها دليلا له على الطرف الآخر . مؤداه . أخذ الكم المطعون فيه من أقوال المطعون ضده لدى استجوابه أنه لم يقصد من إنذاره التنازل عن الشرط الفاسخ . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٢١٦٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٥)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/١٣ س ٣٠ ع ١ ص ٦٧١)

الإثبات بالدفاتر التجارية :

الاستدلال على التاجر بدفاتره . جوازي للمحكمة م ١٧ تجاري .

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

(نقض جلسة ١٩٢٥/٥/١٦ مجموعة الربع قرن ج ١ ص ٢٩ قاعدة ١٠٧)

الخصاص

الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في حدود نصابها الانتهائي . جواز إستئنافه . شرطه . وقوع بطلان فيه أو بطلان في الاجراءات اثر فيه . م ٢٢١ مرافعات . تحديد الاختصاص النهائي للمحاكم . مناطه . التزامها قواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام والا جاز استئنافه دون اشتراط وقوع بطلان فيه أو في الاجراءات اثر فيه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٧ ق هيئة عامة جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

للقضاء الحق في تقرير مسؤولية الادارة عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة إهمالها أو تقصيرها في تنظيم المرفق العام أو الاشراف عليه .

(الطعن رقم ٢٢٣١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٦٥/٥/٢٠ س ١٦ ص ٦١٤)

الحاسمة . مناطه أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون .

(الطعن رقم ٢٢٧٥ لسنة ٥٤ ق . جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/٥ س ٢٥ ص ٤٦٤)

اليمين الحاسمة . جواز توجيهها في اية حالة كانت عليها الدعوى . للمحكمة تعديل صيغة اليمين بحيث توجه بوضوح ودقة على الواقعة المطلوب الحلف عليها . المواد ١/١١٤ ، ١/١١٥ ، ١٢٣ من قانون الاثبات .

(الطعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

الأحكام الصادرة بناء على اليمين الحاسمة . عدم جواز الطعن فيها بأي طريق من طرق الطعن . شرطه . أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقا للقانون .

(الطعن رقم ٢٤٠٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

مسائل عامة :

قاعدة عدم جواز الإثبات بالبينة . عدم تعلقها بالنظام

العام . وجوب تمسك الخصم بذلك قبل سماع شهادة الشهود . مؤداه . اعتبار سكوته تنازلا عن حقه في الاثبات بالطريق القانوني .

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢٤ س ٣١ ص ١٢٠١)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٢/١٩ س ٢٧ ص ٤٧١)

بطلان الورقة المثبت بها الحق أو تنازل الخصم عن التمسك بها . لا يعنى بطلان الاتفاق أو التنازل عن الحق الوارد بها . جواز اثباته بدليل آخر . تنازل الخصم عن التمسك بدليل في الدعوى . لا يعد تنازلا عن الأثلة الأخرى . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٢٥٠ لسنة ٥١ ق . جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

ترجيح شهادة الشهود من اطلاقات قاضي الموضوع . عدم التزامه ببيان سبب الترجيح . شرطه . عدم الخروج عما يؤدي اليه مدلولها .

(الطعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

القضاء بعدم الاختصاص والإحالة :

إحالة الدعوى للاختصاص . اثره . وجوب اعتداد المحكمة المحال اليها بما تم صحيحا من إجراءات قبل الإحالة ومتابعتها من حيث إنتهت .

(الطعن رقم ٢٢٢١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ س ٢٤ ص ٤٨٦)

الاختصاص الولائي :

إختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل في طلبات التعويض . مناطه - رفعها بصفة أصلية أو تبعية عن قرار إداري مما نص عليه في البنود التسعة الأول من المادة ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢ أو تعلق المنازعة بتصرف قانوني تعبر فيه جهة الإدارة عن إرادتها كسلطة عامة بوسيلة من وسائل القانون العام . المنازعات المتعلقة بالأعمال المادية والأفعال الضارة التي تأتيها الجهة الإدارية . دون أن تكون تنفيذا مباشرا لقرارات إدارية أو التي ينسب الى موظفيها ارتكابها أثناء أو بسبب تأدية وظائفهم . إختصاص محاكم القضاء العادي وحده بنظرها . مثال . (بشأن طلبات التعويض التي ترفعها جهة الإدارة على موظفيها عما يقع من عجز في عهدهم)

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق . جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

إختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل في طلبات التعويض . مناطه م ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢ . المنازعات المتعلقة بالأعمال المادية والأفعال الضارة التي تأتيها الجهة الإدارية دون أن تكون تنفيذا مباشرا لقرارات إدارية أو التي ينسب الى موظفيها ارتكابها أثناء أو بسبب تأدية وظائفهم ومنها المنازعات المتعلقة بمسئوليتهم المدنية عما تنسبه لهم جهة الإدارة من أعمال شخصية ضارة بها وما تراه مستحقا لها في ذمهم من تعويض عما يقع من عجز في عهدهم . إختصاص محاكم القضاء العادي وحده بنظرها . مؤدى ذلك إقتصار اختصاص محاكم مجلس الدولة على التحقق من توافر شروط الخصم من المرتب طبقا للقانون ١١١ لسنة ١٩٥١ دون المساس بأصل الحق . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٨٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

الاختصاص الولائي . اعتباره مطروحا على محكمة الموضوع . جواز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

الهيئة العامة للتأمين الصحي من أشخاص القانون العام . العاملون بها موظفون عموميون . علاقتهم بها تنظيمية . مؤداه . النزاع بشأن توقيع الهيئة جزاء إداري على أحد موظفيها وعدم استحقاق مرتب مدة انقطاعه عن العمل . إختصاص القضاء الإداري بنظره . م ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(الطعن رقم ٦٥٣ لسنة ٤٢ ق . جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

العقد الإداري . ما هيته . عقد اشتراك الهواتف الذي تبرمه الهيئة العامة المختصة . خضوعه لروابط القانون الخاص . علة ذلك . المنازعة المطروحة في شأنه . منازعة مدنية . إختصاص جهة القضاء العادي بالفصل فيها .

(الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

تكييف الدعوى وأعطائها وصفها - الحق - مناطه

مخاصمة الجمعية الزراعية بطلب تغيير بيانان الحياة الزراعية المدونة بسجلاتها . لا تعد من المنازعات الإدارية التي تختص محاكم مجلس الدولة بالفصل فيها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩٨ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

الرسوم الإضافية التي تلتزم بها السفينة طبقا لحكم المادة ١٩ من القانون رقم ٩ لسنة ١٩٦٥ . ما هيته مجرد غرامة مدنية تنطوي على معنى التعويض . عدم اعتبارها عقوبة تكميلية في جريمة الرباية المنصوص عليها في المادة ٢٠ من القانون المشار اليه . علة ذلك . إختصاص المحكمة المدنية بالحكم بها .

(الطعن رقم ٢١٢٠ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

إختصاص محاكم مجلس الدولة بالفصل في طلبات

الفصل في كل ما يعترض حق الاستيلاء من منازعات سواء من جهة الاصلاح الزراعي أو من المستوى لديهم أو كانت بين جهة الاصلاح الزراعي ومدعى ملكية الأرض المستوى عليها لتحديد ما يجب الاستيلاء عليه وأصحاب الحق في التعويض.

(الطعن رقم ٢٣٠٨ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

اللجان القضائية للإصلاح الزراعي. إختصاصها بالفصل في كل ما يعترض الاستيلاء من منازعات والتي تقوم بين جهة الاصلاح وبين المستوى لديهم أو بين الاصلاح وبين الغير ممن يدعى ملكيته للأرض المستوى عليها. خروج المنازعات التي تقوم بين الافراد وبعضهم عن نطاقه وانعقاد الاختصاص بنظرها لجهة القضاء العادي.

(الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٢٧ س ٢٥ ص ١٢٩٦)

اللجنة المختصة بنقابة المحامين :

اللجنة المختصة بنقابة المحامين بتقدير اتعاب المحامي. مناط اختصاصها. عدم وجود اتفاق كتابي عليها. المادتان ٨٢، ٨٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ التمسك بعدم اختصاصها لوجود اتفاق مكتوب. دفاع جوهرى. عدم الرد عليه وبحث دلالة الاتفاق. قصور.

(الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٣١)

(الطعن رقم ١٤٤٧ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥)

(الطعن رقم ١١١٣ لسنة ٥٠ ق- جلسة ١٩٨٤/١/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٧ س ٢٨ ص ١٣٨٧)

إختصاص محكمة القيم :

الدفع بعدم الاختصاص الولائى. اعتباره مطروحا دائما على محكمة الموضوع ولو لم يدفع به امامها لتعلقه بالنظام العام. جواز التمسك به لأول مرة امام محكمة النقض. المنازعات المتعلقة بالحراسات التي فرضت قبل العمل بالقانون ٣٤ لسنة ١٩٧١ والتي لم يقفل باب

التعويض. مناطه. م ١٠ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢. المنازعات المتعلقة بالاعمال المادية والافعال الضارة التي تأتيتها الجهة الادارية دون أن تكون تنفيذا مباشرا لقرارات إدارية أو التي ينسب الى موظفيها ارتكابها أثناء أو بسبب تأدية وظائفهم. إختصاص محاكم القضاء العادى وحدها بنظرها. اعمال الغصب التي تأتيتها جهة الادارة. اعمال مادية. إختصاص محاكم القضاء العادى وحده بالفصل في طلبات التعويض عنها. إنعدام حجية أحكام مجلس الدولة بشأنها أمام القضاء المدنى. علة ذلك.

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

املاك الدولة العامة. الترخيص بالانتفاع بها من الاعمال الادارية. لا ولاية للمحاكم العادية بشأنها.

(الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٩ س ٢٢ ع ٢ ص ٢٤٨٥)

مؤسسة مصر للطيران في ظل القانونين ١١١ و ١١٦ لسنة ٧٥. تحويلها الى شركة مساهمة. علاقة العاملين بها تعاقدية لا تنظيمية. اثره. اختصاص القضاء العادى بالمنازعات التي تثور بينهم وبينها. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٩٥٣ س ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

المحاكم المدنية. إختصاصها بالفصل في كافة لمنازعات الا ما استثنى بنص خاص. قيام النزاع حول لمطالبة بكامل رسوم رسو وإرشاد السفينة طبقا لأحكام لقانون ٢٤ لسنة ١٩٨٣ الخاص برسوم الارشاد. خلو حكام هذا القانون من تحديد الجهة المختصة بالفصل في لمنازعات الناشئة عن تطبيقه. اثره. اختصاص المحاكم لمدنية بنظرها دون الجهة الادارية. التزام الحكم لمطعون فيه هذا النظر دون أن يعرض لقرارى وزير النقل البحرى والهيئة العامة لميناء بورسعيد الصادرين في هذا الشأن. صحيح. علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٧١٠ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

إختصاص اللجان القضائية للإصلاح الزراعى :

إختصاص اللجنة القضائية للإصلاح الزراعى. نطاقه.

المطعون عليه بعدم جواز استئناف الحكم الصادر فيها من المحكمة الابتدائية باعتبار أن قيمتها تدخل في النصاب الانتهائي لتلك المحكمة. خطأ في القانون.

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٧ ق-هيئة عامة، جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

نظام التقاضي على درجتين. أصل من أصول التقاضي. تعلقه بالنظام العام. تحديد الاختصاص النهائي للمحاكم. مناطه.. أن تكون المحكمة قد التزم القواعد التي رسمها القانون. خروجها على هذه القواعد. أثره. عدم اعتبار الحكم نهائياً. المواد ٤٧، ١٠٩، ٢١٩، ٢٢١، ٢٥٣/٢ مراقعات. مثال.

(الطعن رقم ١٤٠٦ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

مبدأ التقاضي على درجتين من المبادئ الأساسية للنظام القضائي. عدم جواز مخالفته أو النزول عنه. الاختصاص القيمي من النظام العام. القضاء الصادر بإحالة الدعوى إلى المحكمة الابتدائية لاختصاصها قيم بنظرها. صيرورته انتهائياً حائزاً قوة الأمر المقضي أثره. تقيد المحكمة المحال إليها الدعوى به ولو كان مخالفاً للقانون. الحكم الصادر فيها. جواز إستئنافه.

(الطعن رقم ١٠٦٤ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

الاختصاص القضائي الدولي:

إقامة المدعى عليه في بلد المحكمة الأجنبية ولو لم تكن إقامته فيها إلا زمناً يسيراً. أثره. اختصاصها بنظر الدعوى طبقاً للقانون الدولي الخاص.

(الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٥٦/١/٢ س ٧ ص ٧٤)

الإستئناف

رفع الإستئناف:

الإستئناف. إعتباره مرفوعاً بإيداع صحيفته الكتاب خلال الميعاد المقرر في القانون. م مراقعات.

المراقبة فيها قبل العمل بالقانون ١٤١ لسنة ١٩٨١. اختصاص محكمة القيم بنظرها والفصل فيها. م ٦ ق ١٤١ لسنة ١٩٨١.

(الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١٦ س ١٩٨ ص ٢٢ ص ١٤٨٤)

(الاختصاص النوعي)

الاختصاص الاستثنائي للمحكمة الجزئية بالمنازعات المتعلقة بالأراضي الزراعية مناطه. م ٣٩ مكرر المضافة بق ٦٧ لسنة ١٩٧٥. الدعاوى الناشئة عن سبب آخر غير عقد الإيجار. خروجها عن هذا الاختصاص.

(الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(الطعن رقم ٩٢٨ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٧/٣/٣٠)

دعوى قسمة المال الشائع حصصاً أو بيعه. اختصاص المحكمة الجزئية بنظرها. المواد ٣/٤٣، ٤٦٤ مراقعات، ٨٣٦ مدني.

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٦٢/١/٢٥ س ١٣ ع ١ ص ١٠٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ س ٢٧ ع ١ ص ١٣٥٨)

الاختصاص القيمي:

عدم جواز استئناف أحكام محاكم الدرجة الأولى لنهائيتها. شرطه. صدورها وفقاً لقواعد الاختصاص القيمي المتعلقة بالنظام العام. صدورها بالمخالفة لتلك القواعد. عدم جواز التحدي بنهائيتها وبعدم جواز إستئنافها لغير حالات البطلان.

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٧ ق- هيئة عامة، جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

تقدير الحكم المطعون فيه صحيحاً - قيمة دعوى الشفعة وفقاً للمادة ١/٣٧ مراقعات بأقل من مائتين وخمسين جنيهاً لتعلقها بملكية أرض. تقدير قيمتها بسبعين مثل الضريبة الأصلية المربوطة عليها بما يجعل الدعوى من اختصاص المحكمة الجزئية. قضاء الحكم

دون اختصاص أحد المحكوم عليهم الذي لم يطعن في الحكم المستأنف مع زملائه . أثره . بطلان الحكم لمخالفته قاعدة إجرائية متعلقة بالنظام العام .

(الطعن رقم ١٤٦٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(الطعن رقم ٤٠٩٢٠ لسنة ٥٦ ق - هيئة عامة، جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)
(نقض ١٩٦٨/١٢/٣٠ س ١٩ ص ٨٨١)

الاختصاص في الطعن . الأصل أن يكون بذات الصفة التي كانت في الدعوى . الغاية منه . صدور الحكم الابتدائي لصالح الطاعن بصفته حارساً قضائياً . توجيه الاستئناف إليه دون ذكر هذه الصفة . افصاح صحيفة الاستئناف عن أن اختصاصه كان بتلك الصفة وليس بصفته الشخصية . كفايته في تحقيق تلك الغاية .

(الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

الخصومة في الاستئناف . تحديد أطرافها بالحكم الصادر من محكمة أول درجة . رفض هذه المحكمة تدخل مشتري عقار النزاع بعقود مسجلة . قبوله خصماً في الاستئناف رغم عدم استئنائه ذلك الحكم . لا يؤثر على صحة الحكم الاستئنافي فيما قضى به من إلغاء حكم محكمة أول درجة بصحة ونفاذ عقدي بيع ذات العقار لمورث الطاعنين والقضاء بعدم قبول الدعوى . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

جواز الاستئناف :

الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية في تحديد نصابها الانتهازي . جواز استئنائه شرطه . وقوع بطلان فيه أو بطلان في الإجراءات أثر فيه . م ٢٢١ مرافعات تحديد الاختصاص النهائي للمحاكم . مناطه . التزامها بقواعد الاختصاص المتعلقة بالنظام العام والا جاز استئنائه دون اشتراط وقوع بطلان فيه أو في الإجراءات أثر فيه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٧ ق - هيئة عامة، جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

عدم جواز استئناف أحكام محاكم الدرجة الأولى لنهائيتها . شرطه . صدورهما وفقاً لقواعد الاختصاص القيمي المتعلقة بالنظام العام . صدورهما بالمخالفة لذلك

(الطعن رقم ١٠٧٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٣١ س ٣٣ ص ٣٦٠)

صحيفة الاستئناف . وجوب التوقيع عليها من محام مقرر أمام محكمة الاستئناف . م ٢/٥٨ ق ١٧ لسنة ١٩٨٣ . لا يشترط أن يكون المحامي الذي وقع عليها هو نفسه محررها .

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٦ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

ميعاد الاستئناف :

ميعاد المسافة . وجوب اعتباره مع ميعاد الاستئناف بميعاداً واحداً يتكون منهما ميعاد الطعن . تعلق هذا الميعاد بالنظام العام . قضاء المحكمة من تلقاء نفسها يسقط الحق في الاستئناف . عدم إضافتها ميعاد المسافة رغم وجوبه . خطأ في القانون . م ١٦ مرافعات . لا يغير من ذلك مجرد اتخاذ محل مختار .

(الطعن رقم ١٤٩٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٩ س ٢١ ص ٥٤٨)

ميعاد استئناف الأحكام الصادرة في الطعون الضريبية المتعلقة بالضرائب على الدخل ولم تعلن قبل ١٩٨١/١٠/١١ - تاريخ العمل بقانون الضرائب على الدخل رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ - أربعون يوماً تبدأ من تلك التاريخ . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

جهل الخصم بوفاة خصمه عذر يترتب عليه وقف سريان الميعاد . عدم توجيه الطاعن استئنائه إلى الورثة - جملة - في الميعاد القانوني الذي من يبدأ من وقت علمه بالوفاة . أثره . سقوط الحق في الاستئناف . م ٢١٧ مرافعات .

(الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

الخصوم في الاستئناف :

الدعوى بصحة ونفاذ عقد بيع صادر من المورث . يدفعها من بعض الورثة بأن التصرف في حقيقته وصية . نزاع غير قابل للتجزئة . علة ذلك . قبول الاستئناف شكلاً

مبادئ النقص في السواء الدنيا

القواعد. عدم جواز التحدي بنهايتها وبعدم جواز إستئنافها لغير حالات البطلان.

(الطعن رقم ٢١٢ لسنة ٥٧ ق هيئة عامة جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)
نطاق الإستئناف :

إستئناف الحكم المنهى للخصومة. أثره. إستئناف جميع الأحكام السابق صدورها في القضية سواء كانت قطعية أو متعلقة بإجراءات الإثبات ولو كانت صادرة لصالح المستأنف مؤدى ذلك. للخصم إثارة كل ما أيداه من دفع ووجه دفاع أمام أول درجة. م ٢٢٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٧٩٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٧/١١/٢٥)

قضاء محكمة أول درجة بقبول التدخل. قضاء محكمة الإستئناف بإلغاء الحكم بقبول التدخل. وجوب فصلها في موضوع الدعوى علة ذلك.

(الطعن رقم ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/٧)

الطلبات الجديدة في الإستئناف :

عدم جواز ابداء طلبات جديدة في الإستئناف الاستثناء م ٢٣٥ مرافعات (مثال).

(الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢٨ س ٣١ ع ١ ص ١٢٥٢)

تغيير سبب الدعوى والإضافة إليه في الإستئناف. جائز طالما بقي موضوع الطلب الأصلي على حاله. م ٣/٢٣٥ مرافعات. مثال.

(الطعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٥/١٦ س ٢٣ ص ٩١٩)

الطلب الجديد في الإستئناف. ما هيته. الطلب الذي يختلف أو يزيد عن الطلب السابق أبدأه أمام محكمة أول درجة في الموضوع أو الخصوم. م ١/٢٣٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٢٧ س ٣١ ص ١٥١٤)

الطلب الاحتياطي. اختلاف موضوعه عن موضوع الطلب الأصلي وعدم اندماجه في مضمونه. اعتباره طلباً جديداً. عدم جواز ابدائه في الإستئناف لأول مرة. مؤا ذلك. لمحكمة الإستئناف أن تقضى من تلقاء نفسها بقبوله. م ١/٢٣٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق، ١٦٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١/١ س ٢٨ ص ١٣٩)

الطلب الجديد أمام محكمة الإستئناف. ما هيته م ٢٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

أثر الإستئناف :

الإستئناف. أثره. نقل موضوع النزاع إلى المحكمة الإستئنافية. وإعادة طرحه عليها بإسناده القانوني وأدلتها الواقعية.

(الطعن رقم ١٥٨٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١/١ س ٣١ ع ١ ص ١٢٥)

الأثر الناقل للإستئناف. مؤداه. اعتبار الدفوع وأوجه الدفاع التي سبق للمستأنف عليه أبدأوها أمام محكمة أول درجة مطروحة على محكمة الدرجة الثانية. لا حاجة لإعادة ترديدها أمامها طالما لم يتنازل عنها.

(الطعن رقم ٢٢٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١١ س ٣١ ص ٤٧٠)

الإستئناف. أثره. م ٢٣٣ مرافعات. التمسك بالإستئناف قبل الغير بتملك المبيع بالتقادم بعد أن رفضه محكمة أول درجة طلب صحة ونفاذ عقد البيع. اعتبار وجه دفاع وليس طلباً جديداً. علة ذلك.

(الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

إستئناف الحكم المنهى للخصومة. أثره اعتبار جديد الأحكام السابق صدورها في القضية وما أيداه الخصم

(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/١٠ - المان ١١ ٥ لسنة ٥٤ ق)

الأثر الناقل للاستئناف. ما هيته:

(الطن رقم ١١٦٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٢٢ ع ٢ من ١٢٠١)

إستئناف الحكم. أثره. انتقال الدعوى للمحكمة الاستئنافية بما سبق أن طرحه المحكوم عليه من أدلة وأوجه دفاع على محكمة أول درجة وبما قد يتوافر له من أدلة وأوجه دفاع جديدة.

(الطن رقم ٦٩٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

الأثر الناقل للاستئناف. م ٢٣٢ مرافعات. المحكمة الاستئنافية ليس لها أن تتعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها أو تسويء مركز المستأنف بالاستئناف المقام منه.

(الطن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

الأثر الناقل للاستئناف. مؤداه اعتبار أوجه الدفاع السابق ابدائها من المستأنف عليه أمام محكمة الدرجة الأولى مطروحة بقوة القانون بغير حاجة إلى إعادة ترديدها أمامها ما لم يقدّم الدليل على التنازل عنها.

(الطن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

تسبب الحكم الاستئنافي

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطالان الحكم المستأنف لعب فيه أو في الإجراءات لا يمتد إلى صحيفة الدعوى. مؤداه. التزامها بالفصل في الدعوى. امتناع اعادتها إلى محكمة أول درجة التي فصلت في موضوعها. علة ذلك. استنفاد هذه المحكمة ولايتها.

(الطن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

إعتبار الاستئناف كأن لم يكن. جوازي للمحكمة. لها رغم توافر شروطه عدم الحكم به. المانتان ٧٠، ٢٤٠ مرافعات.

(الطن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٢٢ ع ٢ من ٩٣٤)

نرفع وأوجه دفاع أمام محكمة الدرجة الأولى مطروحا أمام محكمة الاستئناف. م ٢٢٩ مرافعات.

(الطنون أرقام ١٢١، ١١٨، ١١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٦ س ٢٨ من ٩٣٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١٣ س ٢٣ من ١٠١)

الأثر الناقل للاستئناف. ما هيته. للمحكمة الاستئنافية إبداء ما يرد في الحكم المستأنف من أخطاء والقضاء على موجب الوجه الصحيح.

(الطن رقم ١٧٣١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٦)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ - س ٢٣ ع ٢ من ١٢٠١)

(نقض جلسة ١٩٥٥/١٠/٢٧ ج ١ من ٢٠٢ قاعدة ١١٩)

رفع الاستئناف. أثره. نقل موضوع النزاع بكافة مناصره الواقعية والقانونية إلى محكمة الدرجة الثالثة. طلب المستأنف إلغاء الحكم الابتدائي ورفض دعوى التعويض. قضاء محكمة الاستئناف بانقاص التعويض بعد قضاء بما يجاوز الطلب.

(الطن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٤ س ٢٢ ع ٢ من ٢٤١٤)

الاستئناف. أثره الناقل. ليس للمحكمة الاستئنافية أن تتعرض للفصل في أمر غير مطروح عليها أو تسويء مركز المستأنف بالاستئناف المرفوع منه. القضاء بالتعويض. وجوب أن يكون في حدود عناصره ومطالبها.

(الطن رقم ٧٠٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١٦ س ٢٤ من ٤٨٢)

الاستئناف لا ينقل الدعوى إلى محكمة الدرجة الثانية لا بالنسبة لما رفع عنه الاستئناف فقط. فصل محكمة لاستئناف في أمر غير مطروح عليها. غير جائز. مثال في دعوى تعويض.

(الطن رقم ٩٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ من ١١١٨)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١/١١ س ١٩ ص ٤٦)

(جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ س ١٣ ص ٦٣٨)

إعلان

إثبات المحضر في ورقة الاعلان توجيه الاعلان لجهة الادارة لغلق سكن المراد اعلانه وإخطاره بذلك . عدم جواز المجادلة فيه إلا بطريق الطعن بالتزوير . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٥٢٣، ١٥٢٩ لسنة ٥٢ ق. جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٥ س ٢٩ ص ٦٠٩)

من يصح تسليمه الاعلان بأوراق المحضرين . م ٢/١٠
مرافعات . مؤداه . جواز تسليم الاعلان الى الوكيل والتابع عند تواجده بموطن المطلوب اعلانه ولو لم يكن مقبلا معه .

(الطعن رقم ٢٣٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/١٧ س ١٧ ص ٣٢٤)

(جلسة ١٩٧٧/١٢/٢٧ س ٢٨ ص ١٨٨٨)

الغاء الخصم موطنه الأصلي أو المختار . أثره . وجوب اخطار خصمه . بهذا الالغاء والاصح إعلانه فيه . م ٢/١٢ مرافعات

(الطعن رقم ٣٢٨٧ لسنة ٥٤ - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ س ٣١ ص ١١٧٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٥)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ س ٢٧ ص ٧٤٢)

الأصل في اعلان اوراق المحضرين أن تسلم الى شخص المعلن اليه أو في موطنه الأصلي . تسليمها في الموطن المختار أو النيابة العامة . حالاته . المادتان ١٢، ٩/١٣ . ١٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٦ ق . جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

وجوب اعلان الحكم لشخص المحكوم عليه أو لموطنه الأصلي دون موطنه المختار م ٢/٣١٢
مرافعات . عدم اعتباره استثناء من حكم المادة ٩/١٣

القضاء ببطلان الحكم الابتدائي لبطلان اعلان المدعى عليه بصحيفة افتتاح الدعوى . أثره . وجوب وقوف المحكمة الاستئنافية عند تقرير البطلان ، قضاؤها في موضوع الدعوى . خطأ .

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٢ س ٣٢ ص ١٩٠٤)

جواز اعتبار الاستئناف كأن لم يكن . المادتان ٧٠، ٢٤٠ مرافعات . مناطه . أن يكون ذلك راجعا الى فعل المستأنف . استقلال محكمة الموضوع بتقديره بغير معقب من محكمة النقض متى كان إستخلاصها سائغا .

(الطعن رقم ٩١٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

صدور الحكم مطابقا للثابت بالأوراق ومتفقا مع التطبيق القانوني الصحيح ، النعى عليه . في غير محله . اعتماد محكمة الاستئناف على التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة . لا خطأ .

(الطعن رقم ١٧ ٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

(نقض جلسة ١٩٦٩/٢/١٢ س ٢٠ ص ٣٤٩)

لمحكمة الاستئناف أن تقيم قضاءها على ما تظمن اليه من أقوال الشهود التي أطرحها الحكم الابتدائي دون أن تبين الأسباب المبررة . حسبها اقامة قضائها على ما يحمله .

(الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٧ ق (أحوال شخصية) - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

إستئناف . حكم إيقاع البيع :

الطعن بالاستئناف في حكم إيقاع البيع م ١/٤٥١
مرافعات . حالاته . ورودها على سبيل الحصر ومنها العيب في إجراءات المزايمة . عيوب مرحلة تصفية المنازعات السابقة على مرحلة البيوع - وجوب التمسك بها أما بطريق الاعتراض على قائمة شروط البيع أو أمام القاضي قبل الجلسة المحددة للبيع حسب الأحوال .

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢ س ٣٠ ج ٢ ص ٣٤٩)

١٠ مرافعات . اثره .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

إعلان غير المصرى الذى انتهت اقامته بمصر بصحف الدعاوى أو بالاحكام . وجوب تمامه عن طريق النيابة العامة . م ٣/١٧ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . التحرى عن موطن المراد اعلانه قبل الاعلان . غير لازم . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٦ ق . جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

وجوب تسليم الأوراق المطلوب اعلانها الى الشخص نفسه أو فى موطنه لمن يقرر أنه وكيله أو يعمل فى خدمته أو من الساكنين معه من الأزواج والاقارب والاصهار . اغفال بيان العلاقة بينه وبين من تسلم صورة الاعلان أو أنه يقيم معه . اثره . بطلان ورقة الاعلان . علة ذلك . الإقامة بذاتها لا تكفى لتوافر الصفة الواجب اثباتها فى تسلم ورقة الاعلان . م ١٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٨٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ س ٣١ ع ١ ص ٣٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/١٤ س ٢٩ ع ١ ص ١٩١)

(نقض جلسة ١٩٧١/١/١٧ س ٢٢ ص ١٨)

تعجيل الدعوى من الشطب . مناطه . إعلان الخصم بالجلسة الجديدة خلال ستين يوما . عدم كفاية ايداع صحيفة التعجيل قلم الكتاب خلال هذا الميعاد . استئناف ٨٢ مرافعات . علة ذلك . سريان هذا الحذف أمام الاستئناف . م ٢٤٠ مرافعات . اعلان بعض المستأنف عليهم فى الميعاد - فى موضوع غير قابل للتجزئة دون احدثهم . لا يغنى عن اعلانه . قيام الاخير بتعجيل سير الاستئناف مع تمسكه فى الاعلان باعتبار الاستئناف كأن لم يكن . مؤداه . عدم سقوط حقه فى الدفع .

(الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

جواز اعلان الخصم فى شخص وكيله متى اقترن اسم الوكيل باسم الموكل . اثر ذلك سريان مواعيد الطعن على الأحكام فى حق الأصيل من تمام إعلانها فى شخص الوكيل بصفته . إعلان المطعون ضده الثانى بصفته وكيلاً

عن المطعون ضدها الأولى بالحكم الصادر عليها بذات الصفة . مؤداه . سقوط حقها فى الاستئناف بانقضاء الميعاد من تمام هذا الاعلان .

(الطعن رقم ٣١٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

قيام المحضر بتسليم صورة الاعلان لجهة الادارة فى الحالات المحددة قانوناً . لازمه . إخطار المعطن اليه بذلك بكتاب مسجل . يكفى إثبات المحضر توجيه هذا الكتاب بأصل الاعلان دون صورته المسلمة من قبل . م ١١ مرافعات .

(دعوى المخاصمة رقم ١٨٠٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

إعلان الهيئات والمؤسسات العامة :

اعلان الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام . كلفيته . ق ٤٧ لسنة ١٩٧٣ . خلو الأوراق مما يفيد أن مركز ادارة الشركة الطاعنة يغير المقر الذى تم الاعلان فيه اثره . صحة الاعلان .

(الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ س ٢٩ ص ١٧٨٥)

وجوب اعلان الهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام فى مركز ادارتها الرئيسى . م ٣ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٣ . مناطه . مخالفة ذلك . اثره . بطلان الاعلان . زوال الحق فى التمسك بالبطلان . شرطه .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٨)

اعلان المؤسسات والهيئات العامة والوحدات التابعة لها بصحف الدعاوى والطعون والأحكام . كلفيته . م ٣ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٣ . تخلف ذلك . اثره . بطلان الاعلان .

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ س ٢٩ ع ٢ ص ١٧٨٥ الطعن ١٥٣٩ لسنة ٤٨ ق)

إعلان صحف الدعاوى والطعون والأحكام المتعلقة بالهيئات والمؤسسات العامة والوحدات التابعة لها .

(الطعن رقم ٢٠٧٦ لسنة ٥٣ ق و ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق-جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٥/٢٧ ص ٢٧ (١٢١١)

التناقض المبطل للحكم. ما هيته التناقض في المنطوق. وجه لالتماس اعادة النظر.

(الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٠ ص ٣٢ (١٤١٤)

الغش كسبب لالتماس اعادة النظر. ما هيته. ما كان مباح الاطلاع عليه من اعمال الخصم او في مركز يسمع بمراقبته او كشفه. لا يعتبر وجها لالتماس. م ٤٢١ مرافعات. ثبوت ان محضر ايداع الثمن في دعوى الشفعة كان على ذمة قضية اخرى. لا يصلح سببا لالتماس اعادة النظر.

(الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٥ ص ٣٢ (١٥٩١)

قبول الطعن بالنقض في حالة الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم او باكثر مما طلبوه. شرطه ان يبين من الحكم ادراكها انها تقضى بما لم يطلبه الخصوم. الطعن على الحكم في حالة تجاوز طلبات الخصوم دون قصد. سبيله التماس اعادة النظر. م ٢٤١ مرافعات.

(الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم او باكثر مما طلبوه. سبيل الطعن فيه. التماس اعادة النظر. م ٥/٥٤١ مرافعات. الطعن فيه بطريق النقض. شرطه. مثال.

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

أمر أداء

سلوك طريق استصدار أمر الأداء. شرطه. م ٢٠١ مرافعات. المطالبة بدين لا تتوافر فيه شروط أمر الأداء. سبيله. رفع دعوى بالطريق العادى.

(الطعن رقم ٨٣٨ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

وجوب حصوله في مركز ادارتها لرئيس مجلس الادارة. المادة ٣ ق ٤٧ لسنة ١٩٧٢ في شأن الادارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها. حضور الخصم في جلسة اخرى خلاف الجلسة المبينة بالاعلان الباطل. لا يسقط حقه في التمسك بالبطلان. حضوره سواء من تلقاء نفسه او بناء على الاعلان الباطل في ذات الجلسة المحددة بالاعلان يزول به البطلان. تقديم الخصم مذكرة بدفاعه. اعتباره بمثابة الحضور بالجلسة. المواد ٢/٢٠، ٦٥، ٨٣، ١١٤ مرافعات.

(الطعن رقم ١٧١٢ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

الإعلان لإدارة قضايا الحكومة :

إعلان صحيف الدعاوى والطعون والأحكام بتسليم الصورة لإدارة قضايا الحكومة أو فروعها بالأقاليم للأشخاص المبينين في البند الأول من المادة ١٣ مرافعات. ما عدا ذلك من أوراق كالانذارات ومحاضر الحجز. تعلن اليهم في مقارهم.

(الطعن رقم ١٦٨٨ لسنة ٥٠ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

البطلان المترتب على عدم الاعلان. نسبي. عدم جواز التمسك به إلا لمن تقرر لمصلحته ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة.

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢ ص ٢٧ ع ١ (١٢٦٦)

البطلان المترتب على عدم إعادة الاعلان. مقرر لمصلحة الخصم الذي لم يتم الاجراء بالنسبة له. مؤدى ذلك.

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

التماس إعادة النظر

الحكم بشيء لم يطلبه الخصوم او باكثر مما طلبوه. من وجوه التماس اعادة النظر. اثره. م ٢٤١ مرافعات.

(نقض ١٩٧٧/١/٣١ س ٢٨ ص ٣١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٦ س ٢٨ ص ٩٣٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٣ س ٢٩ ص ٥٩٢)

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢ س ٢٧ ص ١٢٦٦)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن العيب الذي يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه واثره في قضائه . بطلان الطعن .

أمر على عريضة

الأوامر على عرائض، جواز إصدارها في غير الحالات المنصوص عليها متى توافرت شروطها . م ١٩٤ مرافعات، علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٥٥ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

الأوامر الصادرة بتقييد الحريات أو التنقل أو المنع من السفر . وجوب تنظيمها بقانون يصدر من السلطة التشريعية دون غيرها وليس من سلطة أخرى أو بأداة أدنى . علة ذلك . الأمر الصادر من القاضي بمنع الطاعن من السفر دون أن يكون هناك قانون ينظم ذلك . مخالف للقانون .

(الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

(الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/١١ - س ٣٣ ع ١ ص ٣٠١)

بطلان الأحكام :

دعوى بطلان حكم المحكمين . ما هيته . م ٥١٢ مرافعات . الالتجاء اليها . جوازي . البطلان الذي شرعت من أجله . عدم تعلقه بالنظام العام .

(الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١/٦ س ٢٧ ص ١٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ س ٢٣ ع ١ ص ٦٨)

حكم المحكمين - بياناته . ليس من بينها صدوره . م ١٢٨١ . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٦٤٠ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٥/١٥ س ٢٥ ص ٨٥٩)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٣/٣٠ س ٢٦ ص ٧٠٦)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢ س ٢٧ ص ٥٣٢)

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان الحكم المستأنف . عيب فيه أو في الإجراءات لا يمتد الى صحيفة الدعوى . مؤداه . التزامها بالفصل في الدعوى . امتناع اعادتها الى محكمة أول درجة التي فصلت في موضوعها . علة ذلك . استنفاد هذه المحكمة ولايتها .

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

نسخة الحكم الأصلية . كفاية توقيع رئيس هيئة المحكمة عليها دون الاعضاء . م ١٧٩ مرافعات .

(الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

البطلان المتعلق بالنظام العام . لمحكمة النقض القضاء

ب - و - ت

بطلان

بطلان التصرفات :

طلب إبطال بيع ملك الغير . جائز للمشتري دون البائع . المالك الحقيقي يكفي التمسك بعدم نفاذ هذا التصرف في حقه إن كان العقد قد سجل . حقه في حالة عدم تسجيله في طلب طرد المشتري من العقار . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ س ٣٠ ع ١ ص ٣٦٣)

بطلان الاجراءات :

البطلان المترتب على عدم الاعلان . نسبي . عدم جواز التمسك به الا لمن تقرر لمصلحته ولو كان موضوع الدعوى غير قابل للتجزئة .

به من تلقاء نفسها . م ٢/٢٥٢ مرافعات .

(الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٦٩/٢/١١ س ٢٠ ع ١ ص ٤١٢)

بطلان الاجراءات المبني على انعدام صفة أحد الخصوم في الدعوى . لا يتعلق بالنظام العام . عدم جواز إثارتها لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٤٨٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

انعقاد الخصومة في الاستئناف . شرطه - ايداع صحيفة الاستئناف واعلانها للمستأنف ضده . تخلف ذلك . اثره . بطلان الاستئناف علة ذلك . الخصومة لا تنعقد الا بين الأحياء والا كانت معدومة لا ترتب اثرا . م ٢٣٠ مرافعات . مثال .

(الطعن رقم ١١٨٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

قضاء محكمة الطعن ببطلان اعلان صحيفة الدعوى والحكم المبني عليها . اثره . وجوب وقفها عند حد القضاء بالبطلان . قضاؤها في الموضوع . خطأ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٤ لسنة ٥٥ ق- احوال شخصية- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

عدم قابلية النزاع للتجزئة . مقصوده . ما كان الفصل فيه لا يحتمل غير حل واحد . اثره . بسط الحكم على كافة الخصوم الحقيقيين في النزاع .

(الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/١٨ - الطعن رقم ٢٦ لسنة ٤٧ ق)

صدور الحكم في موضوع غير قابل للتجزئة . للخصم الذي فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن المقام من غيره منضمما اليه . القعود عن ذلك يوجب على المحكمة الأمر باختصاصه . تعلق ذلك بالنظام العام . ٢١٨ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٢٥٠ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٣ س ٣٢ ص ٢٠٨٠)

موضوع دعوى تثبيت الملكية . مما يقبل التجزئة . ليس بلازم أن يشمل الاستئناف كل من كان خصما امام

محكمة الدرجة الأولى - الاستثناء . من اوجب القانون اختصاصه في الدعوى .

(الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٢٤ س ٣٠ ص ٦٠٠)

نسبية أثر الطعن . مؤداها . ألا يفيد منه الا من رفعها ولا يحتج به إلا على من رفع عليه . الاستثناء . الطعن في الأحكام الصادرة في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين . م ٢١٨ مرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٢٤ و ١٨٥٤ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

المحكوم عليه الذي فوت ميعاد الطعن أو قبل الحكم الصادر في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين . له أن يطعن فيه أثناء نظر الطعن . مقام من أحد زملائه . قعوده عن ذلك . التزام محكمة الاستئناف دون محكمة النقض بتكليف الطاعن باختصاص باقي المحكوم عليهم . علة ذلك . إمتناعه عن تنفيذ أمر المحكمة . اثره . عدم قبول الطعن . تعلق ذلك بالنظام العام .

(الطعن رقم ١٨٢٤ و ١٨٥٤ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

دعوى التزوير الأصلية . ليس لمحكمة الموضوع بحث التزوير المدعى به فيها الا إذا كانت الدعوى مقبولة .

(الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو تزويرها وفي موضوع الدعوى معا . م ٤٤ إثبات . صدور الحكم من محكمة ثاني درجة . وجوب التقيد بهذه القاعدة سواء كان الحكم بالتأييد أو الالغاء . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٥٧ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ س ٢٨ ع ١ ص ١٢٢٥)

حجية الورقة العرفية مستمدة من شهادة التوقيف بالامضاء أو ببصمة الختم أو ببصمة الاصبع م ١٤ اثبات . توقيعتها بأكثر من توقيع مما سلف . ثبوت تزوير بصمة

(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٣٠ من ٢٨ ص ١٠٠٠)

تنفيذ

المنازعة الموضوعية في التنفيذ والمنازعة الوقتية فيه. ما هية كل منهما. الأحكام الصادرة في الأولى. استئنافها أمام محكمة الاستئناف بحسب قيمة النزاع. الأحكام الصادرة في الثانية. استئنافها في جميع الحالات أمام المحكمة الابتدائية م ٢٧٧ مرافعات.

(الطعن رقم ٢٢٢١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٤)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/١٣ من ٢٩ ص ١٠٠٥)

أمر الحجز التحفظي الصادر من قاضي الاداء أو قاضي التنفيذ. وجوب طلب الحكم بثبوت الحق وصحة الحجز خلال الميعاد والا اعتبر الحجز كأن لم يكن. المادتان ٢١٠، ٢٢٠ مرافعات. وجوب رفع دعوى ثبوت الحق بالأجراءات المعتادة لرفع الدعوى. أثر مخالفة ذلك عدم القبول. اعتبار طلب أمر الاداء بديلا لصحيفة الدعوى. شرطه توافر شروط استصدار أمر الاداء في الدين.

(الطعن رقم ٨٦٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ من ٢٩ ع ١ ص ١٤٦٢)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٧ من ٣٠ ع ١ ص ٧٢٦)

الحق المراد اقتضاؤه بالتنفيذ الجبري. شروطه. وجوب أن يكون السند التنفيذي دالا بذاته على توافرها.

(الطعن رقم ٢٠٢٢ من ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

تنفيذ عقارى

تسجيل تنبيه نزع الملكية. حد فاصل بين التصرفات التي تنفذ في حق الدائنين وتلك التي لا تنفذ في حقهم. التصرف اللاحق لتسجيل تنبيه نزع الملكية. صحيح بين طرفيه وإن كان للدائنين طلب عدم نفاذه في حقهم. م ٤٠٥ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

اسباب وقف الاجراءات أمام قاضي البيوع. وجوبية

الأصبع لا يعنى عدم صحة بصمة الختم. القضاء برد بطلان الورقة دون تحقيق مما تمسك به الطاعن من صحة بصمة الختم. قصوره لا يغير من ذلك أن لمحكمة موضوع السلطة التامة في أن تحكم برد وبطلان أى حرر.

(الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو بتزويرها وفي الموضوع معا. ولو كان الحكم من محكمة ثانى درجة بالتأييد أو الالغاء م ٤٤ اثبات. علة ذلك. مخالفة الحكم لمطعون فيه لهذه القاعدة خطأ في تطبيق القانون.

(الطعن رقم ٢٦٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ من ٢٨ ص ١٢٢٥)

الحكم برد وبطلان الورقة العرفية المقدمة سندا في دعوى لا يعنى بطلان التصرف ذاته وإنما بطلان الورقة المثبتة له ولا يحول دون اثبات حصوله بأى دليل آخر مقبول قانونا م ٤٤ اثبات.

(الطعن رقم ١٤٠٩ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٥/١١/١٨ من ١٦ ع ٣ ص ١١٠٥)

جواز القضاء بعدم قبول الادعاء بالتزوير لأنه غير منتج وفي الموضوع معا م ٤٤ اثبات.

(الطعن رقم ٢٥٢١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

- (نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ من ٣٢ ع ١ ص ١٠٠٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٩ من ٣٢ ع ٢ ص ١١٣٤)

عدم جواز الحكم بصحة الورقة أو تزويرها وفي الموضوع معا. م ٤٤ اثبات. علة ذلك.

(الطعن رقم ١١٦٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ من ٣٢ ع ١ ص ١٠٠٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٦ من ٣٣ ع ٢ ص ١١٦٣)

محضر الجلسة. ورقة رسمية. عدم جواز انكار ما ثبت فيه إلا بالطعن عليه بالتزوير.

(الطعون ارقام ٧٩٢، ٦٥٢، ٢٠٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

أو جوازية تخضع لسلطة محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٦٤/١٢/٢ س ١٥ ع ٣ ص ١١٠٦)

الطعن بالاستئناف في حكم ايقاع البيع. م ١/٤٥١
مرافعات. حالاته. ورودها على سبيل الحصر ومنها
العيب في إجراءات المزايدة. عيوب مرحلة وتصفية
المنازعات السابقة على مرحلة البيوع. وجوب التمسك
بها إما بدريق الاعتراض على قائمة شروط البيع أو أمام
القاضي قبل الجلسة المحددة للبيع حسب الاحوال.

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥١ قضائية جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع ٣ ص ٢٤٩)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١/١١ س ١٩ ع ١ ص ٤٦)

(نقض جلسة ١٩٦٢/٥/١٠ س ١٣ ع ٢ ص ٦٣٨)

العبارة في نفاذ التصرف من المدين أو عدم نفاذه في
حق الحاجزين عموماً والراسي عليه المزداد هي بشهر
التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية.
لا يكفي ثبوت التاريخ قبل تسجيل التنبيه م ٤٠٥
مرافعات.

(الطعن رقم ٩٥٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ س ١٨ ص ١٨٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ س ٢٥ ص ٧٨٤)

حراسة

الحراسة القضائية :

المطالبة القضائية القاطعة للتقادم. شرطها. أن
يتوافر فيها معنى الطلب الجازم بالحق المراد استرداده.
صحيفة الدعوى المرفوعة بحق ما. قاطعة للتقادم في
خصوص هذا الحق وحده وما التحقق به من توابعه. دعوى
الحراسة القضائية. لا اثر لها في قطع التقادم المكسب.

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٢٢ س ٣١ ص ١٤٦٧)

سلطة الحارس القضائي. نطاقها. الدعاوى المتعلقة
بأعمال حفظ المال الموضوع تحت الحراسة. وجوب
رفعها من الحارس أو عليه. له منفرداً إقامة دعوى
استرداد المال من يد غاصبه ولو لم يكن هو الحارس
الوحيد على المال.

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

ربيع الاعيان المعهود للحارس القضائي بإدارتها
العبارة في محاسبته عنه، بما تسلمه فعلاً من ربيع وبما
انفق من مصروفات ولو عن مدة سابقة على تسلمه لتلك
الاعيان. ٢/٧٢٧ مدني.

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

الحراسة القضائية. الحكم الصادر فيها. ماهيته. لا
يؤثر للحارس انتفاء الاعيان الموضوع تحت الحراسة
والتي يضم اليها الشريك على الشيوع بسند قانوني
من قبل فرض الحراسة. لا اثر للحراسة على حق هذه
الشريك في التصرف أو الانتفاع بهذه الحصّة فيما
يتعارض مع سلطة الحارس.

(الطعن رقم ١٠١٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(نقض جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٠ مجموعة الربع قرن ج ١ ص ٥٢٠ قاعدة ٢٥)

(نقض جلسة ١٩٥٥/٢/١٠ المرجع السابق ص ٥١٩ قاعدة ٢٩)

دعوى الحراسة مسئولية الحارس. عن مخالف
الواجبات المفروضة عليه. سقوطها بالتقادم العادي
وليس بالتقادم الثلاثي. علة ذلك. التقادم الثلاثي م ٧٢
مدني. تقادم استثنائي. اقتصاره على دعوى التعويض
الناشئة عن العمل غير المشروع.

(الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ع ٢ ص ١٩٥٢)

استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر
والخطر المبرر لفرض الحراسة من سلطة محكمة
الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي
لحمله.

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

حراسة ادارية :

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ س ٣١ ص ٣٩٨)

البيانات الوصفية تضمنينها الحكم . تأريخه بالتاريخ الهجري دون الميلادي أو اغفال التاريخ كله . لا بطلان . م ١٧٨ مرافعات .

(الطنن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٥/١)

النقص أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم الذي ليس من شأنه التجهيل بشخص المحكوم له أو المحكوم عليه . عدم ترتيب بطلان الحكم جزاء عليه م ١٧٨ مرافعات .

(الطنن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٦)

بيانات الحكم الجوهرية . ما هيته . اغفالها . اثره . بطلان الحكم . م ١٧٨ مرافعات . اغفال الحكم المطعون فيه ايراد دفاع الطاعة غير الجوهرية باسبابه الواقعية . لا عيب .

(الطنن رقم ٢٠١٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٤ س ٣١ ص ٧١٩)

اغفال ذكر اسم عضو النيابة الذي ابدى الرأي في القضية . ليس من البيانات الأساسية التي يترتب على اغفالها بطلان الحكم .

(الطنن رقم ٢٨ لسنة ٥٦ ق - احوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

وجوب تضمين الحكم أسماء الخصوم وصفاتهم . مؤداه التعريف بأشخاص وصفات من تتردد بينهم الخصومة في الدعوى تعريفا نافيا للجهالة أو اللبس . مخالفة ذلك . اثره . البطلان . م ١٧٨ مرافعات .

(الطنن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٨ س ٢٧ م ٢ ص ١٧٢١)

اصدار الحكم :

(١) احكام المحكمة الابتدائية . وجوب صدورها من ثلاثة قضاة . م ٩ ق السلطة القضائية . لا يجوز أن يشترك في المداولة غير القضاة الذين سمعوا المرافعة مخالفة ذلك . اثره . بطلان الحكم . م ١٦٦ ، ١٦٧ ، ١٧٥ مرافعات .

(الطنن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

انتهاء الحراسة على اصحاب الأموال . اثره . التزامهم بتنفيذ كافة الاعمال القانونية التي التزم بها الحارس قبل غير متى كانت تدخل في سلطاته .

(الطنن رقم ١٩٤٩ لسنة ٥٠ ق . جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

الطنن رقم ١٧٨٨ لسنة ٥٣ القضائية . جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٥

جواز فرض الحراسة على أموال وممتلكات الأشخاص الذين يأتون اعمالا بغرض ايقاف العمل بالمنشآت أو الاضرار بمصالح العمال أو تتعارض مع المصالح القومية للدولة . م ٣ ق ١١٩ لسنة ١٩٦٤ .

(الطنن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

الحراسة الادارية . ما هيته . الحارس نائب عن صاحب الشأن بحكم القانون .

(القانون رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ع ٢ ص ١٩٥٢)

حكم

بيانات الحكم :

وجوب اشتمال الحكم على أسماء القضاة الذين صدروه . جزاء مخالفته البطلان . م ١٧٨ مرافعات . مقصود به القضاة الذين فصلوا في الدعوى لا الذين حضروا تلاوة الحكم . كفاية بيان أسماء القضاة الذين صدروه . اغفال اثبات أن القاضي الذي حضر تلاوة الحكم لم يشترك في المداولة ولم يوقع على المسودة . لا بطلان .

(الطنن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

النقص أو الخطأ في أسماء الخصوم وصفاتهم الذي يكون من شأنه التشكيك في حقيقة الخصم واتصاله بالخصومة . لا بطلان . مثال : في شأن الخطأ في بعض أسماء الخصوم في ديباجة الحكم

(الطنن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٥/٤/١٨)

الحكم - مجرد ورقة لتحضيره.

(٢) المداولة بين القضاة الذين اصدروا الحكم. مناطها. توقيعهم على مسودته اثبات التشكيل الثلاثي للهيئة التي اصدرت الحكم ووقعت على مسودته بمحضر الجلسة التي حجزت فيها الدعوى للحكم. كفايته لاثبات ان الاجراءات قد روعيت تضمين محاضر الجلسات وديباجة الحكم حضور مهندس رغم ان الدعوى ليست من الطعون المتطلب حضوره فيها. لا يفيد اشتراكه في إصدار الحكم ولا يخل بالتشكيل المتطلب قانونا لاصداره.

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

قارن (نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ ص ٣٣ ص ٧٢٦)

الاسباب المتعلقة بالنظام العام - جواز اثارها من الخصوم او النيابة او من محكمة النقض من تلقاء نفسها ولو لم يسبق التمسك بها امام محكمة الموضوع او في صحيفة الطعن. شرطه. سابقة طرح عناصرها على محكمة الموضوع وان تكون قد وردت على الجزء المطعون فيه من الحكم. مثال بشأن عدم اشتغال نسخة الحكم الاصلية على اسم رئيس الدائرة واسمى عضوى الدائرة اللذين اشتركا معه في اصداره.

(الطعن رقم ١٤٥٤ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

وجوب توقيع جميع اعضاء الهيئة التي اصدرت الحكم على مسودته المشتملة على اسبابه وإلا كان الحكم باطلا. م ١٧٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٦٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٦/١٦ ص ٢٣ ع ٢ ص ٦٧٤١)

وجوب تضمين الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته. اغفال هذا البيان. أثره. البطلان. م ١٧٨ مرافعات. محضر الجلسة يعتبر مكملا للحكم في خصوص ما يعترى هذا البيان من لبس أو خطأ مادي.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

العبارة في الحكم هي بنسخته الاصلية. مسودة

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تخلف أحد القضاة ممن اصدروا الحكم عن حضور جلسة النطق به، خلو الحكم من اثبات أنه وقع على مسودته وحلول غيره محله. أثره. بطلان الحكم المواد ١٦٧، ١٧٠، ١٧٨ مرافعات.

(الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١/١ ص ٣١ ص ٧٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٤ ص ٣١ ص ٥١٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/٣٠ ص ٣١ ص ٢١٦٩)

(١) وجوب المداولة بين جميع قضاة الهيئة الذين سمعوا المرافعة وتوقيعهم دون غيرهم على مسودة الحكم. أثر مخالفة ذلك. بطلان الحكم.

(الطعن رقم ٨١٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/١٤ ص ٣٠ ع ١ ص ٥٢٧)

(٢) الاشتراك في المداولة، مناطه. التوقيع على مسودة الحكم.

(الطعن رقم ٨١٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(٣) الاحكام. العبارة فيها بالنسخة الاصلية التي يحررها الكاتب ويوقع عليها رئيس الجلسة. علة ذلك. مسودة الحكم، ورقة لتحضيره.

(الطعن رقم ٨١٢ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

تسبب الحكم:

موضوع الدعوى وطلبات الخصوم والادلة الواقعية والحجج القانونية:

وجوب اشتغال الحكم على الحجج الواقعية والقانونية التي قام عليها م ١٧٨ - مرافعات. علة ذلك.

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٨ ص ٣٠ ع ١ ص ٥٤١)

مبادئ المنطق في المسواد القانونية

إغفال الحكم بحث دفاع جوهرى للخصم . قصور
مبطل .

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى
الدعوى . عدم رد الحكم عليه . قصور مبطل .

(الطعن رقم ٩١ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

إغفال الحكم بحث دفاع جوهرى . قصور فى أسبابه
الواقعية . اثره . بطلان الحكم .

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى
الدعوى - إغفال الرد عليه . قصور . مثال .

(الطعن رقم ٢٨٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

تسبب الحكم الاستثنائى :

تنافر ما انتهت اليه المحكمة الاستئنافية من وقائع مع
نتيجة ما استخلصته منها المحكمة الابتدائية استخلاصا
ظاهر القبول دون الرد على أسباب الحكم الابتدائى -
مؤداه قصور مبطل .

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

قضاء محكمة الاستئناف بتأييد الحكم الابتدائى . لها
أن تحيل على ما جاء فيه من أسباب اقيم عليها . شرطه .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق هيئة عامة جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

الغاء أو تعديل المحكمة الاستئنافية الحكم الابتدائى
الصادر فى الموضوع . اقامة حكمها على أسباب خاصة
كافية لحمله . لا ضرورة لتفنيذ أسباب ذلك الحكم .

(الطعن رقم ١١٠٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(نقض جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ س ٨ ع ٣ ص ٧٨٩)

(نقض ١٩٦٥/١٢/٢١ س ١٦ ع ٣ ص ١٢٠٤)

القضاء ببطلان الحكم الابتدائى لبطلان إعلان المدعى
عليه بصحيفة افتتاح الدعوى اثره . وجوب وقوف

المحكمة الاستئنافية عند تقرير الطلان . قضائها فى

قضاء الحكم بعدم قبول الدعوى لأسباب تتعلق
بموضوعها هو فصل فى الموضوع ..

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٢٣ س ٣١ ع ١ ص ٥١٨)

الدفاع الجوهرى :

الطلب أو الدفاع الذى تلتزم المحكمة بإجابته أو الرد
عليه . ما هيته قيامه على أساس قانونى صحيح وأن يقدم
اليها فى صيغة صريحة جازمة .

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١ س ٢٩ ع ١ ص ١٣٩١)

الدفاع الذى تلتزم المحكمة بالرد عليه . ما هيته .
الدفاع الجوهرى الذى يترتب على الأخذ به تغير وجه
الرأى فى الدعوى .

(الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٦ س ٣٣ ع ١ ص ٤٩٣)

الطلب أو الدفاع الذى يتعين على محكمة الموضوع أن
تجيب عليه فى أسباب حكمها . ما هيته .

(الطعن رقم ١٢٤٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض ١٩٨٠/١١/٢٥ س ٣١ ص ١٩٥٧)

إغفال الحكم الرد على دفاع جوهرى ابداه الخصم .
صور . اثره . بطلان الحكم .

(الطعن رقم ١٨٥١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الدفاع الذى تلتزم المحكمة بالرد عليه . وجوب أن
يكون صريحا جازما كاشفا عن المقصود منه .

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

إغفال الرد على دفاع الطاعن الذى لا يستند الى أساس
قانونى صحيح وليس من شأنه أن يتغير به وجه الرأى .
قصور .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

بموضوع الدعوى خطأ.

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨ س ٣٢ ص ٢٤٤٧)

انتهاء الحكم الى نتيجة سليمة لا يعيبه اغفال الرد على دفاع غير صحيح أو اشماله على أسباب قانونية خاطئة، علة ذلك.

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

الغاء محكمة الاستئناف الحكم المستأنف. عدم التزامها بتعقب أسبابه والرد عليها - كفاية اقامة حكمها على ما يكفي لحمله.

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٢ س ٣٠ ع ١ ص ٣٢٢)

لا يعيب الحكم ما تزيد فيه. شرطه إقامته على دعامة مستقلة وصحيحة. مثال.

(الطعن رقم ١٧٩١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

تعديل الحكم الاستئنافي لمقدار التعويض. لازمه. ذكر الأسباب التي اقتضت هذا التعديل. ما عداها. إعتبار أسباب الحكم الابتدائي بشأنها مؤيدا.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

(٤) استناد المحكمة الى ادلة الدعوى القائمة امامها - بيان ضمنى لسبب عدولها عن تنفيذ ما امرت به من تقديم مستندات.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

الحكم الاستئنافي. لمحكمة الاستئناف في تسببيه أن تؤيد الحكم الابتدائي وأن تحيل على وقائعه وأسبابه دون إضافة متى كانت كافية لحمله ورات فيها ما يغنى عن ايراد جديد.

(الطعن رقم ٧٩٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

استخلاص الحكم - بأسباب سائغة - عدول الطاعن عن الصفقة والزامه ببطل العدول المتفق عليه. تعيينه فيما استطرده اليه. تزيد. غير منتج. (مثال).

(الطعن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

صدور الحكم مطابقا للثابت بالأوراق ومتفقا مع التطبيق القانوني الصحيح، النعى عليه. في غير محله. اعتماد محكمة الاستئناف على التحقيق الذي أجرته محكمة أول درجة. لا خطأ.

(الطعن رقم ١٢٠٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

كفاية أوراق الدعوى ومستنداتها. لا على الحكم إذ لم يجب طلب الإحالة إلى التحقيق.

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

إعتناق الحكم المطعون فيه أسباب الحكم الابتدائي والقضاء بإبطال العقد لصدوره من الوصية دون إذن المحكمة. النعى عليه عدم التعرض لثمن المبيع وما إذا كان به غبن من عدمه. غير مقبول.

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق، ١١٦٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

عدم التزام محكمة الموضوع بإبداء أسباب عدم اطمئنانها لأقوال الشهود. ايرادها أسبابا لذلك. يوجب أن تكون سائغة (مثال).

(الطعن رقم ١٣١٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ما لا يعيب تسبيب الحكم:

عيوب التدليل:

القصور:

القصور في الأسباب القانونية والتقاريرات القانونية الخاطئة:

اغفال الحكم بحث دفاع جوهرى للخصم. قصور. موجب لبطلانه. مؤدى ذلك.

انتهاء الحكم بأسباب وافية الى نتيجة سليمة. اعماله حكم مادة - غير منطبقة. لا يفسده. (مثال في بيع).

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ س ٣١ ص ١٠٦٩)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ س ٢٦ ع ٢ ص ١٥١٥)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٥/٢٠ س ٢٦ ع ١ ص ٢٠٨٥)
اغفال المحكمة فحص مستندات الدعوى وتحصيل
مؤداهما والرد على ما تمسك به الطاعن من دفاع:
جوهرى . قصور .

(الطنن رقم ١٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ س ٣١ ع ١ ص ١٠٦٩)
اغفال الحكم الرد على دفاع لو صح قد يتغير به وجه
الرأى فى الدعوى . قصور .

(الطنن رقم ٥٧٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١٢ س ٣٧ ص ١٠٦٩)
(٢) الطلب أو الدفاع الجازم الذى يجوز أن يترتب
على الفصل فيه تغيير وجه الرأى فى الدعوى . التزام
محكمة الموضوع بالاجابة عليه فى اسباب حكمها . اغفال
ذلك . قصور .

(الطنن رقم ٢٢٥٠ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)
(الطنن رقم ٨٠٩ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٧/٣/٢٤)
تمسك المطعون ضده بمحرر صادر من خصمه . حجيته
على من تمسك به . عدم مناقشة الحكم لذلك المستند مع
ما قد يكون له من دلالة مؤثرة فى الدعوى . قصور .
(مثال) .
(الطنن رقم ١٤٢٩ لسنة ٥٥ ق . جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

ما لا يعد قصورا :

اغفال الحكم الرد على دفاع لا يتغير به وجه الرأى
فى الدعوى . لا قصور .

(الطنن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)
عدم رد الحكم على دفاع ظاهر البطلان . لا يعد
قصورا .

(الطنن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)
اغفال الحكم الرد على دفاع لا يستند الى اساس
قانونى صحيح . لا قصور .

الدفاع الجوهرى الذى قد يتغير به وجه الرأى فى
عوى اغفال الحكم الرد عليه . قصور . (مثال) .

(الطنن رقم ١٤١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/٢٤ س ٢٦ ص ١١٦٤)

اللجنة المختصة بنقابة المحامين بتقدير اتعاب
لمحامى . مناط اختصاصها . عدم وجود اتفاق كتابى
ليها . المادتان ٨٢ ، ٨٣ من قانون المحاماة رقم ١٧
سنة ١٩٨٣ . التمسك بعدم اختصاصها لوجود اتفاق
بكتوب . دفاع جوهرى . عدم الرد عليه وبحث دلالة
الاتفاق . قصور .

(الطنن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/٣١)
اغفال الحكم مناقشة دفاع جوهرى ابداه الخصم .
قصور . (مثال : تمسك الطاعن بأن خطأ المضرور قد
اسهم فى احداث الضرر)

(الطنن رقم ٩٩٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ س ٢٣ ص ١٠٦٥)

الطلب أو الدفاع الجازم الذى يجوز أن يترتب على
الفصل فيه تغيير وجه الرأى فى الدعوى . التزام محكمة
الموضوع بالاجابة عليه فى اسباب حكمها . اغفال ذلك .
قصور .

(الطنن رقم ٣٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)
(نقض جلسة ١٩٨٦/٥/٢٢ - الطنن رقم ٤٨٨ لسنة ٥١ ق)
ابتناء الحكم على واقعة مستخلصة من مصدر لا وجود
له أو موجود ولكنه مناقض اما اثبته أو غير مناقض
ولكن يستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه . موجب
لنقضه .

(الطنن رقم ٦٥٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)
استلام الخصم مذكرة بالجلسة تحوى طلبا اضافيا .
اعتبار ذلك الطلب مقدما صحيحا الى المحكمة . التفات
المحكمة عنه . قصور . (مثال فى تعويض) .

(الطنن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

مبادئ النقض في المواد المدنية

(الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ع ٢ ص ١٩٤٤).

مخالفة القانون والخطأ في تطبيقه :

عبء اثبات الملكية . وقوعه على عاتق المدعى . عدم ثبوتها للمدعى عليه لا يفيد حتما ثبوتها للمدعى . اغفال المحكم المطعون فيه بيان كيف افادت بيانات العقد المسجل انطباقه على مساحة المائة فدان . خطأ في القانون وقصور في التسبيب وفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم ١٧١ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

القضاء بعدم قبول تدخل مدعى المخاصمة متضمنا في استئناف الحكم محل المخاصمة بعد امعان النظر واجتهاد الرأي . عدم اعتباره خطأ جسيما . مخالفة ذلك خطأ في القانون وقصور .

(الطعن ارقام ٢٢٣٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

التناقض :

التناقض . ما هيته . ما تتماهى به الاسباب بحيث لا يبقى ما يمكن حمل الحكم عليه او يفهم على أى أساس قضت به منطوقه .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٧ س ٣٣ ص ٦٨٧)

التناقض الذي يفسد الحكم - ما هيته .

(الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/٢٢ الطعن رقم ٢٣٩٥ لسنة ٥١ ق)

التناقض الذي يفسد الحكم . ما هيته .

(الطعن رقم ١٤٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٨ س ٣٢ ع ٢ ص ١٦٣٩)

التناقض الذي يفسد الحكم . ما هيته .

(الطعن رقم ١٠١٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٨ س ٣٣٢ ص ١٦٣٩)

(الطعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

مخالفة الثابت بالأوراق :

تحريف محكمة الموضوع للثابت ماديا ببعض المستندات أو ابتناء قضائها على ما حصلته بالمخالفة لوقائع الدعوى . مخالفة للثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٢٩ س ٣٣ ص ٧٥٩)

مخالفة الثابت بالأوراق . ما هيته . تحريف محكمة الموضوع للثابت ماديا ببعض المستندات أو ابتناء قضائها على ما حصلته بالمخالفة للوقائع الثابتة بأوراق الدعوى .

(الطعن رقم ١١٥٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٢١ س ٣٣ ص ٧٩٥)

التقرير بسقوط الحق في الحكم الصادر بنذب الخبير . شرطه تخلف الخصم المكلف بسداد الأمانة عن ايداعها في الميعاد المحدد لها دون عذر تقبله المحكمة . القضاء بسقوط الحق في الحكم رغم ثبوت ايداع الأمانة المقررة بالحكم الصادر بنذب الخبير وقبل الجلسة المحددة لنظر الدعوى في حالة عدم دفعها . مخالفة للقانون والثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٨٤٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

الفساد في الاستدلال :

فساد الحكم في الاستدلال . ما هيته .

(الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ص ١٩٤٤)

الفساد في الاستدلال . ما هيته .

(الطعن رقم ٧١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ص ١٩٤٤)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٤/١٠ الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٥٢ ق)

فساد الحكم في الاستدلال . ما هيته .

الأمر المقضى. مانع لذات الخصوم من التنازع فيها بطريق الدعوى أو الدفع بشأن أى حق آخر مترقب على ثبوتها أو انتفائها.

(الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

حجية الأحكام. نطاقها. الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسابقة الفصل فيها. اعتباره من النظام العام. المادتان ١٠١ اثبات، ١١٦ مرافعات (مثال).

(الطعن رقم ١٧٤٨ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٤/٢٩ س ٢٥ ص ٧٥٢)

حجية الحكم فى نزاع تال. شرطه. اتحاد الخصوم فى الدعويين. لا يغير من ذلك تعلق الحكم السابق بمسألة كلية شاملة م ١٠١ ف اثبات.

(الطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٢ س ٣٢ ع ١ ص ٥٩٩)

حجية الحكم فى دعوى تالية. مناهها. اتحاد الخصوم والمحل والسبب. وحدة الخصوم. أساسها. صفاتهم. لا اشخاصهم. مثال: الحكم الصادر ضد شخص معين. عدم اكتسابه الحجية فى الدعوى المقامة عليه بصفته وارثا.

(الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٠ س ٣٢ ص ٤٦٢)

حجية الحكم المانعة من اعادة النظر فى المسألة المقضى فيها. مناهها. فصله فى مسألة اساسية تناقش فيها الطرفان واستقرت حقيقتها بينهما.

(الطعن رقم ١٦٠٨ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٣ س ٣٢ ص ٢٣٨٧)

حجية الحكم. اقتصارها على الشيء المقضى فيه. ما لم تنظره المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى. الحكم الصادر بالبراءة من تهمة تقاضى مبالغ خارج نطاق عقد الايجار لا يحوز حجية فى الدعوى المقامة بصحة ونفاذ عقد البية عن ذات شقة النزاع.

التناقض الذى يفسد الحكم. ما هيته.

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١/١ س ٢٥ ص ٩٢)

التناقض المبطل للحكم. ما هيته.

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١/١ س ٢٥ ص ٩٢)

التناقض الذى يعيب الحكم. ما هيته. الخطأ المادى : يصلح سببا للطعن بالنقض.

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

التناقض الذى يفسد الحكم. ما هيته.

(الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

حجية الحكم :

حجية الاحكام نسبية - لا يضار ولا يفيد منها غير الخصوم الحقيقيين فيها. من اختصم فى الدعوى ولم يقض عليه بشيء لا يكون الحكم حجة عليه. مثال.

(الطعن رقم ١١٦٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/١٩ س ٢٣ ص ٧٣٠)

حجية الحكم فى نزاع تال. شرطه.

اتحاد الخصوم فى الدعويين. لا يغير من ذلك تعلق الحكم السابق بمسألة كلية شاملة م ١٠١ اثبات.

(الطعن رقم ٢٢٢٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٢ س ٣ ع ١ ص ٥٩٥)

المنع من اعادة نظر النزاع لسبق الفصل فيه. شرطه. استقلال محكمة الموضوع بتقدير وحدة الموضوع او اختلافه. طالما استندت على أسباب مؤدية الى النتيجة التى انتهت اليها.

(الطعن رقم ١٣٩٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٣٢ ص ١١٦٢)

٢ - القضاء السابق فى مسألة اساسية. اكتسابه قوة

رئيس الدائرة التي قضى بجواز مخصصته ضد المستشارين الذين اصدروا هذا الحكم ضده .

(الطعن لرقام ٢٢٨٢، ٢٢٧٩، ٢٢٢٠ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٢)
(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/١ س ١٧ ص ٢٢١)

القضاء النهائي . اكتسابه قوة الأمر المقضى فيما فصل فيه بصفة صريحة أو ضمنية . حتمية . اثره . امتناع العودة الى مناقشة المسألة التي فصل فيها ولو بأذلة قانونية أو واقعية لم يسبق اثارتها أو اثيرت ولم يبحثها الحكم السابق .

(الطعن رقم ١٩٩٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨٤/١/٢٩ - الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٠ ق)
الحكم القطعى . ماهيته :

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)
الحكم القطعى . ماهيته . فصل حاسم يضع حدا للنزاع فى جملته أو جزء منه أو فى مسألة فرعية منه . لا تملك المحكمة التي اصدرته الرجوع فيه . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)
حجية الاحكام التي حازت قوة الأمر المقضى .
مناطها . وحدة الموضوع والخصوم والسبب .

(الطعن رقم ١٤١٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
حجية الحكم الجنائى :

حجية الحكم الجنائى امام المحكمة المدنية . شرطه . فصله فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين ، وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله .

(الطعن رقم ١٩٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ س ٣٣ ص ٩٨٤)

حجية الحكم الجنائى الصادر فى الدعوى الجنائية امام المحكمة المدنية . شرطه . فصله فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للأساس المشترك بين الدعويين وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته إلى فاعله .

(الطعن رقم ١١٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٤/١١/٢٠ الطعن رقم ١٥٠٧ لسنة ٥١ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٦/٥/١١ الطعن رقم ٤٩ لسنة ٥٢ ق) .
الحكم القطعى اكتسابه الحجية من يوم صدوره ولو كان قابلا للطعن . وقف الحجية بمجرد استئنائه . رفض الاستئناف . اثره . صيرورة الحكم انتهائيا حائزا لقوة الأمر المقضى . الالتفات عن دفاع الطاعن انه استأنف الحكم المدعى بحجيته . خطأ فى القانون وقصور .

(الطعن رقم ٩٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١٧ س ٢١ ص ١٣٩٠)

المنع من اعادة النزاع فى المسألة المقضى فيها ولو بأذلة جديدة . مناطه . وحدة المسألة الاساسية فى الدعويين (مثال فى ارتفاق) .

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٣٢ ص ١١٩٩)

المنع من اعادة نظر النزاع فى المسألة المقضى فيها . شرطه . وحدة المسألة فى الدعويين . المقصود به . ما لم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يحوز قوة الأمر المقضى .

(الطعن رقم ٧١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٣٢ ص ١١٦١)

اتحاد الخصوم كشرط لاكتساب الحكم قوة الأمر المقضى . المقصود به . صفاتهم لا اشخاصهم . الحكم ضد الطاعنة بصفتها حارسة قضائية لا حجية له قبلها بصفتها الشخصية .

(الطعن رقم ١٢٥٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)
(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٠ س ٣٢ ص ٤٦٢)

حجية الأحكام . مناطها . اتحاد الخصوم والموضوع والسبب :

مثال : فى دعويين مخصصه . احدهما . مقامه من

اقتصارهما على منطوق الحكم بالادانة او البراءة واسبابه المؤدية اليه .

(الطعن رقم ٢١٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٦ ق س ٣٣ ص ٤٥٥)

حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية . نطاقها .
المادتان ١٠٢ ق الاثبات ، ٤٥٦ إجراءات جنائية .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ع ١ ص ١٠٩٤)

القضاء ببراءة التابع لانتفاء الخطأ في جانبه . لا يمنع المحكمة المدنية من الزام المتبوع بالتعويض على اساس مسئولية حارس الشيء . م ١٧٨ مدنى . نفيها بإثبات الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى . وقوع الضرر نتيجة عيب فى الشيء ولو كان خفيا لا يعد سببا اجنبيا . (مثال) .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ع ١ ص ١٠١٤)

الحكم نهائيا بإدانة المتهم فى جريمة الاصابة الخطأ .
تقيد المحكمة المدنية بحجيته بشأن خطأ المتهم وعلاقة السببية بينه وبين الضرر .

(الطعن رقم ١٧٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١/١٧ س ٣٠ ع ١ ص ٢٢٢)

حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية . نطاقها .
المادتان ٤٥٦ إجراءات جنائية ١٠٢ اثبات .

(الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/١٤ س ٣٣ ص ١٠٦٥)

حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية . نطاقها .

(الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٢ س ٢٨ ع ٢ ص ٦٦٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٧ س ٢٧ ع ٢ ص ١٧١٦)

حجية الحكم الجنائي أمام المحكمة المدنية ، نطاقها .

القضاء ببراءة التابع لانتفاء الخطأ في جانبه لا يمنع المحكمة من الزام المتبوع بالتعويض على اساس المسئولية الشئئية . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٤٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٤ س ٢٩ ص ١٠٨٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/٢٥ س ٢٩ ص ١٠٩٤)

حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية . نطاقها .

(الطعن رقم ٤٢٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/١٤ س ٣٣ ع ١ ص ٤٠٩)

حجية الحكم الجنائي أمام المحاكم المدنية . نطاقها .
انحسارها عن الأسباب التي لم تكن ضرورية للقضاء بالبراءة أو الادانة مثال فى ايجار بخصوص واقعة اتلاف منقولات فى العين المؤجرة .

(الطعن رقم ٥٧ لسنة ٦٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

إكتساب الحكم الجنائي قوة الشيء المحكوم به أمام المحاكم المدنية . شرطه أن يكون باتا لا يقبل الطعن فيه اما لا ستنفاد طرق الطعن الجائزة فيه أو لفوات مواعيدها .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

صيرورة الحكم الجنائي الصادر من إحدى المحاكم العسكرية نهائيا . مناطه . التصديق عليه . جواز الطعن فيه رغم ذلك بالتماس اعادة النظر . مؤداه . الا يصبح باتا الا باستنفاد طريق طعنه بالالتماس أو فوات ميعاده م ٨٤ ، ١١٢ ، ١١٤ ، ١١٨ من قانون الاحكام العسكرية الصادر بالقانون ٢٦٥ سنة ١٩٦٦ المعدل بالقانون ٨٢ لسنة ١٩٦٨ .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

حجية الحكم الجنائي فى الدعوى المدنية أمام المحكمة المدنية . شرطه . أن يكون قد فصل فصلا لازما فى وقوع الفعل المكون للاساس المشترك بين الدعويين الجنائية والمدنية وفى الوصف القانونى لهذا الفعل ونسبته الى فاعله م ٤٥٦ إجراءات جنائية ١٠٢ إثبات .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٨ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

حجية الحكم الجنائي امام المحاكم المدنية . شرطه فصل الحكم الجنائي فصلا لازما في وقوع الفعل المكون للاساس المشترك بين الدعويين ووصفه القانوني ونسبته الى فاعله . المادتان ٥٦ و ٥٦ إجراءات جنائية، ١٠٢ اثبات .

(الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩/١١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٦٧/٢/٧ س ١٨ ص ٣١٥)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/١٤ س ٢٦ ص ١٢١٢)

حجية الحكم الجنائي امام المحاكم المدنية . مناطها، استبعاد الحكم الجنائي مساهمة المجنى عليه في الخطأ أو تقرير مساهمته فيه . لا حجية له امام القاضي المدني عند بحث التعويض المستحق للمضرور .

(الطعن رقم ٢٣٥٧ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

(نقض ١٩٧٧/١٢/١ س ٢٨ ع ٢ ص ١٧٣٨)

القضاء البات ببراءة المستأجر من تهمة احتجاز أكثر من مسكن في المدينة الواحدة ورفض دعوى المؤجر المدنية واكتسابه حجية امام المحاكم المدنية بشأن انتفاء الاحتجاز . أثره .

(الطعن رقم ٩٧٨ لسنة ٥٨ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

حجية الحكم الجنائي امام القاضي المدني . شرطه . أن يكون باتاً . لا يقبل الطعن لفوات المواعيد أو باستنفاد طرق الطعن .

(الطعن رقم ١٥٣٤ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٤ س ٢٩ ص ١٧٦)

حجية الحكم الجنائي امام المحاكم المدنية . نطاقها . المادتان ١٠٢ ق . الاثبات ، ٥٦ إجراءات جنائية . القضاء ببراءة قائد السيارة مرتكبة الحادث لا يمنع المحكمة المدنية من الزام مالك السيارة بالتعويض على اساس مسئولية حارس الشيء . علة ذلك . ما تطرق اليه الحكم الجنائي عن خطأ المجنى عليه . تزييدا غير لازم لقضائه . عدم اكتسابه الحجية امام المحكمة المدنية . مخالفة ذلك . قصور .

(الطعن رقم ١٢٨٥ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

حجية احكام الاثبات :

احكام الاثبات . غير قطعية . مؤدى ذلك . عدم اكتسابها حجية الشيء المحكوم فيه . اثره . للمحكمة العدول عنها وعدم التقيد بنتيجة ما تم تنفيذه منها . شرطه م ٩ اثبات .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٠ س ٣٢ ص ١١٨٨)

حجية الأحكام المستعجلة :

الاحكام المستعجلة . حيازتها حجية الأمر المقضى امام القضاء المستعجل طالما لم تتغير مراكز الخصوم والظروف التي انتهت بالحكم . ليس لها هذه الحجية امام محكمة الموضوع عند نظر الدعوى عن اصل الحق .

(الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١٤ س ٣١ ص ١٣٥٨)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٢/٧ س ١٩ ص ٢١٠)

الحكم المستعجل الصادر بالطرد من العين . قضاء بإجراء وقتي لا يحوز قوة الأمر المقضى لدى نظر دعوى منع التعرض ولا يمس اصل الحق .

(الطعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١٤ س ٣١ ص ١٣٥٨)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٢/٧ س ١٩ ص ٢١٠)

عدم اكتساب الأحكام المستعجلة قوة الأمر المقضى . لا يعنى جواز إثارة موضوع النزاع من جديد متى كان مركز الخصوم والظروف التي صدر فيها الحكم لم تتغير . الحكم المستعجل الصادر خلاف حكم سابق في ذات المسألة التي فصل فيها . جواز الطعن عليه بالنقض . م ٢٤٩ مراقعات .

(الطعن رقم ٧٩١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

حجية الحكم الصادر في منازعة التنفيذ :

الحكم الصادر في منازعة التنفيذ لا حجية له امام محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٣٢٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٦٢/١٢/٢٠ س ١٢ ع ٢ ص ١٢٠٥)

حجية الحكم التقاضي:

احكام المحاكم التأديبية الصادرة بمجازاة امناء المخازن عن ذنوبهم الادارية بمناسبة العجز في عهدهم . لا تقيد المحاكم المدنية في دعاوى المسؤولية المدنية عن قيمة العجز . علة ذلك . اختلاف وحدة الخصوم والموضوع والسبب في الدعويين ونطاق كل منهما امام الجهة المختصة بالفصل فيها .

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢١)

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

حجية الحكم على الخلف:

الحكم الصادر ضد البائع فيما يقوم على العقار المبيع من نزاع . حجة على المشتري الذي سجل عقده بعد صدور الحكم أو بعد تسجيل صحيفة الدعوى . المشتري خلف خاص للبائع . اعتباره ماثلا في الدعوى في شخص البائع له . عدم جواز الاحتجاج بهذا الحكم على المشتري في دعواه بالملكية التي يستند فيها الى وضع اليد المدة الطويلة ولا يقطع التقادم المكسب .

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٢/١٨ س ٢٦ ص ٦٢٧)

الطعن في الحكم

ميعاد الطعن:

مواعيد الطعن في الأحكام . م ٢١٣ مرافعات . بدوؤها كأصل عام من تاريخ صدورها . الاستثناء الاحكام التي تعتبر حضورية وفقا للمادة ٨٣ مرافعات . سريان المواعيد من تاريخ اعلانها لشخص المحكوم عليه أو في موطنه الاصلى .

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٥ س ٣٢ ع ١ ص ١٠٦٩)

(نقض جلسة ١٩٥٧/٦/٦ مجموعة القواعد القانونية ج ٣ ص ٧٥٧ قاعدة ٩)

مواعيد الطعن في الاحكام . بدوؤها كأصل عام من تاريخ صدورها . الاستثناء . سريانها من تاريخ اعلانها . م ٢١٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٠٧٦ لسنة ٥٢ ق و ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٥ س ٣٢ ص ١٠٦٩)

مواعيد الطعن في الأحكام . بدوؤها كأصل عام من تاريخ صدورها الاستثناء م ٢١٣ مرافعات .

(الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٥ س ٣٢ ع ١ ص ١٠٦٩)

مواعيد الطعن في الاحكام . من النظام العام . على المحكمة التعرض لها من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٤/١ س ١٠٢٧ ص ٨٤٤)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨ - الطعن ٣٦٤ لسنة ٤٨ ق)

بدء ميعاد الطعن . كأصل . من تاريخ صدور الحكم . الاستثناء . م ٢١٣ مرافعات . عدم حضور المحكوم عليه أية جلسة تالية لانقطاع تسلسل الجلسات . أثره . بدء ميعاد الطعن من تاريخ اعلانه بالحكم .

(الطعن رقم ٢٦٥٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

سريان مواعيد الطعن في الأحكام من تاريخ صدورها . الاستثناء من تاريخ اعلانها . علة ذلك . م ٢١٣ مرافعات . مثال . في الطعن بالنقض .

(الطعن رقم ٢٤٤١ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

الخصوم في الطعن:

عدم جواز الطعن في الاحكام الا من المحكوم عليه . م ٢١١ مرافعات . الطعن من المحكوم لصالحه . غير جائز لانعدام مصلحته في الطعن .

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٢/٢٤ س ٢٥ ص ٤١٩)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٩ س ٣١ ص ٤٩ ق)

جواز الطعن في الأحكام:

الأحكام غير الجائز الطعن فيها :

اغفال الحكم المستأنف الفصل في أحد الطلبات مؤداه. عدم جواز الطعن في هذا الحكم بالاستئناف أثر اعتبار الاستئناف الفرعى غير مقبول. تعلق ذلك بالنظر العام.

(الطعن رقم ١٧٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٦ س ٣٢ ع ١ ص ١٢٩٧)

عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة بناءً على اليمين الحاسمة. مناطه. أن يكون توجيهها لحلفها أو النكول عنها مطابقاً للقانون.

(الطعن رقم ٢٣٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ س ٣٣ ص ١٢٠٩)

عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة بناءً على اليمين الحاسمة. شرطه. أن يكون توجيهها أو حلفها أو النكول عنها مطابقاً للقانون.

(الطعن رقم ١٠٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/٥ س ٢٥ ص ٤٦٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ص ٨٨٣)

الأحكام الجائز الطعن فيها :

الحكم الصادر بعدم الاختصاص. جواز الطعن فيها على استقلال اعتباره حكماً منهيًا للخصومة كلها فيما فصل فيه وحسمه بصدد عدم الاختصاص. عدم الطعن عليه مؤداه. اكتساب الحكم قوة الأمر المقضى فيه. أثره. التزام المحكمة المحال إليها به.

(الطعن رقم ١٢١٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٢٨ س ٣٢ ص ٣٩٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٧ س ٣٠ ص ٥٩١)

نسبية أثر الطعن. مؤداهما. ألا يفيد منه إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه. الاستثناء. الطعن في الأحكام الصادرة في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين. م ٢١٨ مرافعات علة ذلك. للمحكوم عليه أن يطعن في الحكم أثناء نظر الطعن المقام من أحد زملائه. قعوده عن ذلك. التزام المحكمة بتكليف الطاعن باختصاصه في الطعن. امتناعه عن تنفيذ ما أمرت به المحكمة. أثره. عدم قبول الطعن. تعلق ذلك بالنظام العام. (مثال في تعويض)

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦ - الطعن رقم ٣٠٠ و ٤٠٩ لسنة ٥٦ ق)

انطباق أحكام المادة ٢/٢١٨ مرافعات على كافة طرق الطعن. بطلان ما يكون قد ورد بشأنه نص مغاير. مؤدى ذلك. سريان حكمها على الطعن بالنقض بالنسبة لحالة تعدد المحكوم عليهم دون المحكوم لهم. م ٢٥٣ مرافعات. اغفال الطاعن اختصاص بعض المحكوم لهم في الحكم الصادر في دعوى الشفعة - المطعون فيه - أثره. بطلان الطعن.

(الطعن رقم ١٠٩٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦ س ٣٢ ص ٨٥٩)

نسبية أثر الطعن. مؤداهما. ألا يفيد منه إلا من رفعه ولا يحتج به إلا على من رفع عليه. الاستثناء. الطعن في الأحكام الصادرة في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن أو في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين. م ٢١٨ مرافعات. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦ - الطعن رقم ٣٠٠ و ٤٠٩ لسنة ٥٦ ق)

الطعن المرفوع من أحد المحكوم عليهم في الميعاد في موضوع غير قابل للتجزئة أو في التزام بالتضامن. جواز انضمام محكوم عليه آخر له ولو سبق له قبول الحكم أو لم يطعن عليه في الميعاد. م ٢/٢١٨ مرافعات.

(الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

الأحكام غير الجائز الطعن فيها استقلالا :

عدم جواز الطعن استقلالا في الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم المنهى لها . الاستثناء . م ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٨٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١١ س ٢٣ ص ٧٥)

الحكم المنهى للخصومة . ما هيته . القضاء بصورية عقد البيع الابتدائي . وقبل الفصل في الموضوع بقبول توجيه اليمين الحاسمة . قضاء غير منه للخصومة كلها . الطعن فيه على استقلال . غير جائز . علة ذلك .

(الطعن رقم ٩٨٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

عدم جواز الطعن استقلالا في الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها . الحالات المستثناة . م ٢١٢ مرافعات . الخصومة التي ينظر الى انتهائها . والحكم المنهى لها . ما هيته كل منهما .

(الطعن رقم ٧٩٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١/١٠ - الطعن ٢٥٩ لسنة ٥١ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٤/١/١ - الطعن ٥٩٤ لسنة ٢٩ ق)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٥ - الطعن ٣٠٥ لسنة ٤٢ ق)

عدم جواز الطعن استقلالا في الاحكام الصادرة اثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٧٨٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٥ س ٢٣ ص ١٧٦)

الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها . عدم جواز الطعن عليها استقلالا . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٢٢ ع ٢ ص ٢١٠٦)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ س ٣٠ ع ١ ص ٩٧٦)

الحكم برفض طلب وقف الدعوى او الغاء الوقف والاعادة الى محكمة اول درجة . ليس من الاحكام المنهية للخصومة او المستثناة . اثره . عدم جواز الطعن فيه استقلالا .

(الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٢/٢٨ س ٣٤ ص ٦٠٤)

عدم جواز الطعن استقلالا في الاحكام الصادرة اثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها . م ٢١٢ مرافعات . الحكم المنهى للخصومة . ما هيته . القضاء بتأييد الحكم المستأنف فيما قضى به بالتسليم ورفض النفاذ المعجل مع ندب خبراء لتقدير ريع الأرض المقضى بتسليمها . حكم غير منه للخصومة برمتها . اثره . التزام محكمة النقض بالقضاء بعدم جواز الطعن من تلقاء نفسها لتعلقه بالنظام العام .

(الطعن رقم ٢١٢٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٥ س ٣٣ ص ١٧٦)

عدم جواز الطعن استقلالا في الاحكام الغير منتهية للخصومة م ٢١٢ مرافعات استئناف الحكم المنهى للخصومة . اثره . ٢٢١ مرافعات . (مثال)

(الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٢٢ ص ٢١٠٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٧ س ٣٢ ص ١٥٠٨)

الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها . عدم جواز الطعن فيها على استقلال . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الاحكام الصادرة اثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها . عدم جواز الطعن فيها استقلالا . الاستثناء م ٢١٢ مرافعات . تضمن الحكم نوعين من القضاء : أحدهما لا يقبل الطعن المباشر والآخر يقبله . اثره جواز الطعن فيهما معا . شرط ذلك وعلمته .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

تعدد الطلبات في الدعوى الناشئة عن سبب قانوني .
واحد تقدر قيمتها باعتبار الطلبات جملة م ٣٨ مرافعات
مؤدى ذلك . وحدة الخصومة واندماج كافة الطلبات فيها .
اثره . الحكم في احد هذه الطلبات قبل باقيها . غير جائز
الطعن فيه استقلالا . م ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

**الطعن في الأحكام الصادرة في الطعون على
قرارات لجان المنشآت الآيلة للسقوط والترميم
والصيانة:**

الاحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بتشكيلها طبقا
للمادة ١٨ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في الطعون على قرارات
لجان المنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة . الطعن
عليها بطريق الاستئناف . خضوعه للقواعد العامة في
قانون المرافعات دون المادة ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .
قصر نطاق المادة الأخيرة على حالات الطعن في قرارات
لجان تحديد الاجرة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ من ٢٣ ص ٩٦٥)

الاحكام الصادرة من المحكمة الابتدائية بتشكيلها طبقا
للمادة ١٨ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في الطعون على قرارات
لجان المنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة . الطعن
عليها بطريق الاستئناف . خضوعه للقواعد العامة في
قانون المرافعات دون المادة ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . قصر
نطاق المادة الاخيرة على حالات الطعن في قرارات لجان
تحديد الاجرة . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٩٧ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ من ٢٣ ص ٩٦٥)

الطعن على قرارات لجان المنشآت الآيلة للسقوط
والترميم والصيانة . م ١/٥٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .
خضوعها للقواعد العامة المقررة في قانون المرافعات
بشأن طرق الطعن في الاحكام . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٨٥ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

الطعن في القرار الصادر بازالة العقار . قبول المحكمة
للطعن شكلا ثم تأييده موضوعا . استئناف الطاعنة لهذا
الحكم . القضاء ببطالان الحكم الصادر في الموضوع
واعادة الدعوى الى محكمة اول درجة . قضاؤها بعدم
قبول الطعن شكلا . خطأ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٩١٩ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

**الطعن في الاحكام الصادرة في دعاوى
القسمة:**

الطعن إستئنافيا في احكام محاكم المواد الجزئية
الصادرة ابتدائيا في دعاوى القسمة انعقاده للمحكمة
الابتدائية بهيئة استئنافية ايا كانت قيمة الدعوى .

(الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٧/٦/١٤)

المصلحة في الطعن:

الغاء الحكم محل اعتراض الخارج عن الخصومة . اثره
اعادة طرح الخصومة الاصلية على المحكمة من جديد .

(الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٦٣/١٢/١٦ من ١٤ ص ١٢٠٢)

عدم جواز الطعن في الاحكام الا من المحكوم عليه .
م ٢١١ مرافعات . الحكم في مواجهة الطاعنة . واضعة
اليدين على أرض النزاع - بالتسليم . انطوائه على قضاء
ضمني بالزامها بتسليم هذه الأرض . عدم اعتبارها
محكوم عليها ولا مصلحة لها في استئناف الحكم . خطأ
في القانون .

(الطعن رقم ٩١٥ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/١٢ من ٢٨ ص ٤٣٦)

التنازل عن الطعن:

التنازل عن الطعن . وجوب أن يكون صريحا واضحا
لا يؤخذ فيه بالظن والتأويل صرف الطاعن المبالغ التي
سبق له ايداعها وفاء بباقي الثمن لا يفيد هذا التنازل .

(الطعن رقم ٢١٦٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/١٥)

التقادم .

(نقض جلسة ١٩٦٣/٢/٦ س ١٤ ص ٢١٨)

مسائل عامة :

(الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

إغفال الفصل في بعض الطلبات :

إغفال المحكمة الفصل في بعض الطلبات. سبيله الرجوع الى ذات المحكمة لتستدرك ما فاتها الفصل فيه م ١٩٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٤ س ٢٧ ص ٧٥٣)

إغفال المحكمة الفصل في أحد الطلبات. سبيله الرجوع الى ذات المحكمة لتستدرك ما فاتها الفصل فيه. م ١٩٣ .

(الطعن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

تصحيح الحكم :

الخطأ المادي في الحكم. سبيل تصحيحه. الرجوع الى ذات المحكمة التي اصدرته م ١٩١ مرافعات .

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

بطلان الحكم :

وجوب شمول الحكم على خلاصة موجزة لوقائع الدعوى وطلبات الخصوم ودفعهم ودفاعهم الجوهرى . شرطه الا يؤدي ايجاز الوقائع الى اسقاط بعضها علة ذلك. القصور في الأسباب الواقعية. اثره بطلان الحكم. م ١٧٨ مرافعات المعدلة.

(الطعن رقم ٢٠٧٩ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٧٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٩ س ٢١ ص ٤٥٥٥)

استخلاص القاضى واقعة من مصدر لا وجود له او مناقض لما استخلصه او مستحيل عقلا استخلاص تلك الواقعة منه. عيب في التسبيب. اثره بطلان الحكم .

(الطعن رقم ١٣٨٧ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

التزام محكمة الاستئناف ان تأمر المحكوم عليه بإختصاص باقى زملائه في الحكم الصادر ضدهم في نزاع لا يقبل التجزئة والا وقع قضاؤها باطلا. م ٢١٨

قضاء المحكمة الاستئنافية في موضوع النزاع بحكم قطعى . صحيحا او باطلا او مبنيا على إجراء باطل ليس لها تصحيح الحكم أو الرجوع فيه - سبيل ذلك - الطعن بالنقض .

(الطعن رقم ١٥٢٧ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٨ س ٢٩ ص ١٧٩٨)

الحكم بقبول الاستئناف شكلا . قضاء ضمنى بجوازه . اثره . استنفاد المحكمة ولايتها فيه .

(الطعن رقم ١٣٦٨ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٢/٢٠ س ٢٤ ص ٢٨٧)

(نقض جلسة ١٩٦٥/٣/٣ س ١٦ ص ٢٤٤)

الاثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها من قطع التقادم أو استبدال مدته . لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه . الحكم بالتعويض لا يقطع التقادم ولا يستبدل مدته بالنسبة لشركة التأمين ما لم تكن طرفا فيه. علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

قضاء المحكمة الاستئنافية ببطلان حكم اول درجة لعيب شابه دون ان يمتد الى صحيفة الدعوى. اثره. وجوب الفصل في موضوع الدعوى بحكم جديد .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ س ٢٩ ع ١ ص ٦٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١٢/٣١ س ٢٥ ص ١٥١٩)

اثر الطعن في الحكم :

وجوب الا يضار الطاعن بطعنه . قاعدة اصلية من قواعد لتقاضى اساسها .

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/١٦ س ٢٨ ص ٩٨١)

اثر الحكم برفض الدعوى :

الحكم برفض الدعوى . مؤداه . زوال اثرها في قطع

(نقض ١٩٦٧/٥/٢٢ س ١٨ ع ٣ ص ١٠٨٤)

(جلسة ١٩٦٩/٣/٢٧ س ٢٠ ص ٥٠٨)

(جلسة ١٩٨٠/١/٨ س ٣١ ص ٩٨)

تنفيذ الحكم الأجنبي شرطه. م ٢٩٨ مرافعات.

اعلان المطعون ضدها بالدعوى التي قضى فيها بتسليم نسخة تنفيذية ثانية منه وبالحكم الصادر فيها ليس من شروط الأمر بتنفيذه. رفض الحكم المطعون فيه الدعوى على سند من ذلك. خطأ في القانون.

(الطعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

- ج -

خبرة

ندب الخبراء :

حق قاضي الموضوع في الاستعانة بالخبراء في المسائل الفنية. له السلطة في فهم الواقع في الدعوى وجوب بحث الدفاع الجوهرى للخصوم واسباغ التأكيد الصحيح على الدعوى.

(الطعن رقم ١٧٦٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

ندب المحكمة مكتب الخبراء لمباشرة المأمورية المبينة بمنطوق حكمها. لمكتب الخبراء ندب ثلاث خبراء لمباشرتها متى رأى أن طبيعتها وحجمها يستلزم ذلك

(الطعن رقم ٢٠٩٢ و ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة

١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم سداد أمانة الخبير :

عدم سداد أمانة الخبير. وجوب استنفاد المحكمة كل ما لها من سلطة التحقيق للتوصل إلى كشف الواقع الدعوى.

(الطعن رقم ١١٩٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

مباشرة الخبير مأموريته :

عدم قيام الخبير بدعوة الخصوم عند مباشر

مرافعات. اغفال محكمة الاستئناف الأمر باختصاص ورثة أحد المحكوم عليهم في الدعوى التي اقاموها بأحقيتهم في الانتفاع بالمخيز محل النزاع وهي لا تحتل غير حل واحد. مبطل للحكم. علة ذلك. مخالفته لقاعدة قانونية إجرائية متعلقة بالنظام العام. عناصرها الموضوعية مطروحة على محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ١٣٤٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

تنفيذ الحكم :

انضمام مصر إلى اتفاقية تنفيذ الأحكام التي أصدرها مجلس جامعة الدول العربية بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٥٤. أثره اعتبار أحكام الاتفاقية قانونًا واجب التطبيق - الحكم الصادر من العراق والتي انضمت إلى الاتفاقية يكون واجب التنفيذ في مصر متى توافرت الشروط المنصوص عليها في تلك الاتفاقية حتى ولو كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر المنازعة التي صدر فيها الحكم.

(الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٩/١/٢٨ س ٢٠ ص ١٧٦)

وجوب التحقق من اعلان الخصوم اعلانا صحيحا بالدعوى التي صدر فيها الحكم الاجنبى قبل تذييله بالصيغة التنفيذية. تمسك الطاعن ببطلان اعلانه واطراح المحكمة لهذا الدفاع دون التحقق من صحة اعلانه بالدعوى وفقا للأجراءات التي رسمها قانون البلد الذى صدر فيه الحكم وعدم تعارض هذه الاجراءات مع اعتبارات النظام العام فى مصر. خطأ وقصور.

(الطعن رقم ٥٥٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٤/٧/٢ س ١٥ ص ١٠٩)

تنفيذ الأحكام والقرارات الجائز تنفيذها مؤقتا. وقوعه على عاتق طالبه. علة ذلك. تحمله مخاطره إذا ما ألغى الحكم. إلزامه بتعويض الضرر الناشئ عن التنفيذ. عدم توقف ذلك على ثبوت خطئه أو سوء قصده.

(الطعن رقم ٩٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢)

إجراءات تحقيق الخط أو الامضاء أو الختم أو بصمة الأصبع . لا بطلان . علة ذلك . م ١٤٦ إثبات .

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)
تقدير عمل الخبير :

تقرير الخبير من عناصر الاثبات . خضوعه لتقدير محكمة الموضوع-الأخذ به محمولا على أسبابه . مؤداه . عدم الالتزام بنذب خبير آخر ولو طلب الخصم ذلك .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ س ٢٣ ص ١٠٤٦)

تقدير عمل أهل الخبرة . من سلطة محكمة الموضوع . أخذها بتقرير الخبير واحالتها اليه في بيان أسباب حكمها . مؤداه . اعتبار أسباب التقرير جزءاً من الحكم . عدم التزامها بالرد على مطاعن الخصوم . شرطه .

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١٢/٤ س ٣١ ص ٢٠٠٠)

عمل الخبير . من عناصر الاثبات . خضوعه لتقدير محكمة الموضوع . حقها في الأخذ به وبأقوال الشهود الذين سمعهم .

(الطعن رقم ١٤٣٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٥ س ٢٣ ص ١٠٤٢)

محكمة الموضوع . سلطتها في الأخذ بتقرير الخبير محمولا على أسبابه عدم التزامها بالرد استقلالا على ما وجهه له اليه الخصم من طعون . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٩٢ و ٢١٢٢ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

لمحكمة الموضوع الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه . عدم التزامها بالرد استقلالا على ما وجه اليه من طعون متى رأت فيه ما يكفي لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٢٥٢١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٤ س ٢٣ ع ٢ ص ١١٥٣)

أخذ المحكمة بتقرير الخبير المنتدب دون الرد على التقرير الاستشاري . لا يعيب الحكم . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

تقرير الخبير . أحد عناصر الاثبات في الدعوى . محكمة الموضوع . سلطتها في تقدير الأدلة دون معقب . متى كان استخلاصها سائغا .

(الطعن رقم ٦٩٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تقدير عمل أهل الخبرة . من سلطة محكمة الموضوع . لها الأخذ بتقرير الخبير محمولا على أسبابه متى اقتنعت بصحته . عدم التزامها بالرد استقلالا على الطعون الموجهة اليه .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

سلطة محكمة الموضوع في الأخذ بتقرير الخبير . متى اقتنعت بصحة أسبابه . الجدل في كفاية الدليل لا يجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٤ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تقدير عمل الخبير . سلطة محكمة الموضوع ولو في مسألة فنية دون حاجة الى الاستعانة برأي خبير آخر .

(الطعن رقم ١٢٦٠ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

تقدير عمل الخبير . من سلطة محكمة الموضوع . عدم التزامها بإجابة طلب تعيين خبير آخر متى أقامت قضاها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٧٠٣ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

تقدير عمل الخبير والأخذ بتقرير دون آخر واستنباط القرائن من أي ورقة مقدمة تقديمها صحيحا من سلطة محكمة الموضوع . حسبها أن تبين الحقيقة التي اقتنعت بها .

(الطعن رقم ٨٦٩ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

عدم التزام المحكمة بإجابة طلب إعادة المأمورية لمكتب الخبراء متى وجدت في تقرير الخبير السابق وأوراق الدعوى وعناصرها ما يكفي لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

تقرير الخبير . عنصر من عناصر الاثبات . خضوعه لتقدير قاضي الموضوع دون معقب .

الرقابة القضائية على دستورية القوانين :

الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح المنوطة بالمحكمة الدستورية العليا . ما هيته . الطعن بمخالفة قرار السلطة التنفيذية لأحكام القانون الذي فوضها في إصداره . خروجه عن مجال الرقابة الدستورية . علة ذلك . اثره . عدم الاعتداد به في مقام تطبيق القانون الذي صدر القرار تنفيذا له .

(الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

الدفع بعدم دستورية القوانين . غير متعلق بالنظام العام . اثره . ليس للمحكمة أن تعرض له من تلقاء نفسها . عدم تمسك الطاعن به أمام محكمة الموضوع . مؤداه . عدم جواز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٢ س ٣٣ ص ٢٦٦)

الدفع بعدم دستورية القوانين ، غير متعلق بالنظام العام عدم جواز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . (مثال في فوائد)

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض ١٩٨١/١٢/١٩ س ٣٢ ع ٢ ص ٢٣٣٧)

(نقض ١٩٧٨/٢/٢٥ س ٢٩ ع ١ ص ٥٩٧)

التحقق من جدية الدفع بعدم دستورية قانون أو لائحة . شرطه . المادتان ٢٩ ، ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

(الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/١٧ س ٢٧ ع ١ ص ١٥٩٤)

(١) المحاكم . ليس لها الامتناع عن تطبيق نص لم يقض بعدم دستوريته . إذا تراءى لاحداها عدم دستورية نص في قانون أو لائحة في دعوى مطروحة عليها تعين القضاء بوقفها واحالتها الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية . المادة ١/١٧٥ من الدستور والمادتين ١/٢٩ ، ٤٩ ق ٤٨ لسنة ١٩٧٩ .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

امتناع محكمة الموضوع بكفاية الابحاث التي اجراها الخبير . وأخذها بالأسباب الواردة فيه . ما يثيره الطاعن بشأنها من بعد . جدل في كفاية الدليل لا يجوز اثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٨٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

تقدير عمل الخبير وبحث ما يقدم للمحكمة من الأدلة والمستندات من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

تقدير عمل اهل الخبرة والموازنة بين تقارير الخبراء والأخذ بأحدها دون الآخر من سلطة محكمة الموضوع دون معقب .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٦)

تقدير عمل الخبير . استقلال محكمة الموضوع به . لها الأخذ به إذا رأت فيه ما يقنعها ما دام قائما على أسباب لها أصلها في الأوراق وتؤدي إلى ما انتهت اليه وهي غير ملزمة بالرد بأسباب خاصة على ما ورد بما اطرحته من تقارير أخرى . علة ذلك . اغفالها الرد على دفاع لا يتغير به وجه الرأي في الدعوى . لا خطأ .

(الطعن رقم ١٥٩١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

- ه -

دستور - دعوى

دستور

مبدأ الفصل بين السلطات :

مبدأ الفصل بين السلطات . المقصود به . تحقيق التوازن والتعاون بين السلطات وتوفير الحيدة لكل منها في مجال اختصاصها .

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ - س ٢٤ ع ١ ص ٥٦١)

(الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

(الطعن رقم ١٢٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٦/٢/١٣)

اكتساب المدعى الصفة في رفع الدعوى اثناء نظرها بمراعاة المواعيد والاجراءات المنصوص عليها في القانون . اثره . زوال العيب . مؤداه انتفاء مصلحة المدعى عليه في التمسك بالدفع بعدم القبول . تغيير سند صفة المدعى امام محكمة الاستئناف عنه امام محكمة اول درجة . لا اثر له . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٣/١/١٥ س ٢٤ ع ١ ص ١٠٨)

استخلاص الصفة في انشغال ذمة المدعى عليه بالحق موضوع التداعى استقلال قاضى الموضوع به . حسب بيان الحقيقة التى اقتنع بها واقامة قضائه على اسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٧٦٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

(قارن نقض جلسة ١٩٧٩/٥/٧ س ٣٠ ص ٣٩٧)

تمثيل الدولة منوط بالوزير فى الشئون المتعلقة بوزارته ما لم يسلبه القانون هذه الصفة . الاختصاصات المقررة للمحافظات ووحدات الحكم المحلى فى هذا الصدد لا تسلب الوزير صفته فى الاشراف على تلك الوحدات والعاملين بها .

(الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٥/٢/١١ - الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٢ ق)

وحدات الحكم المحلى . يمثلها رئيسها امام القضاء وفى مواجهة الغير . م ٣ ، ٤ ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ .

(الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٥٢)

التحقق من صفة رافع الدعوى . استقلال محكمة الموضوع به متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة .

(الطعن رقم ٢٩ لسنة ٥٢ ق - احوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

المصلحة فى الدعوى :

المصلحة التى تجيز قبول الدعوى . ما هيته . المصلحة للقانونية . مجرد توافر مصلحة للمدعى فى

(٢) النعى على الحكم المطعون فيه بوقف الدعوى دون الاحالة للمحكمة الدستورية للفصل فى امر دستورية المادة ٢٢٦ مدنى . فصل المحكمة الدستورية فى الدعوى المقامة امامها - قبل ايقاف الدعوى - بدستورية تلك المادة . مؤداه . النعى غير منتج ولا يحقق سوى مصلحة نظرية بحته لا يعتد بها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٤٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

مادة

اعلان صحيفة الدعوى :

- انعقاد الخصومة . شرطه . اعلان المدعى عليه بصحيفة الدعوى اعلانا صحيحا . تحقق الغاية منه بالمواجهة القضائية . لا بطلان . (مثال) .

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٧/٦/١٠)

شروط قبول الدعوى :

الصفة فى الدعوى :

١ - رئيس المدينة - هو وحده صاحب الصفة فى تمثيل وحدته المحلية قبل الغير ولدى الغير ولدى القضاء فيما يدخل فى نطاق اختصاصه .

(الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/١٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ص ٩٢)

٢ - رئيس المدينة - دون المحافظ - هو صاحب الصفة فى تأجير العقارات المملوكة ملكية خاصة للدولة والواقعة فى نطاق مدينته . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٦١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(الطعن رقم ٤٦٣ لسنة ٤٧ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/١٥)

(جلسة نقض ١٩٨٢/١١/١٨ س ٣٣ ص ٩٥٢)

الحصول على منفعة مادية أو أدبية غير كاف. م ٣ مراقعات.

(الطعن رقم ٢٠١٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

ثانياً: تقدير قيمة الدعوى:

الدعوى المتضمنة طلباً مندمجاً في الطلب الأصلي. تقدير قيمتها بقيمة هذا الطلب وحده. م ٢/٢٨ مراقعات. الاعتداد بقيمة البناء على أرض مطلوب تثبيت ملكيتها. مناطه. ان يكون مطلوباً ازالته. طلب تثبيت الملكية لأرض زراعية استناداً الى تملكها بالتقادم وعدم سريان عقد بيعها في حق الطالب. اعتبارهما مندمجين. اثره.

(الطعن رقم ٢٠٩١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٢٣ س ٣١ ص ١٨٤٠)

تعدد الطلبات في الدعوى الناشئة عن سبب قانوني واحد. تقدير قيمة الدعوى باعتبار الطلبات جملة. مؤدى ذلك. وحدة الخصومة واندماج كافة الطلبات فيها. اثره. الحكم الصادر في احد هذه الطلبات غير منه للخصومة كلها. عدم جواز الطعن فيه على استقلال قبل صدور الحكم الختامي المنهى للخصومة كلها الا في الاحوال المستثناة في المادة ٢١٢ مراقعات.

(الطعن رقم ٢٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ع ٢ ص ٢١٠٦)

دعوى صحة ونفاذ عقد بيع أرض زراعية. تقدير قيمتها باعتبار سبعين مثلاً لقيمة الضريبة الاصلية المربوطة عليها. م ١/٣٧، ٧ مراقعات. تعلق ذلك بالنظام العام.

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٢٩٤)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٦/٦ - الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٠ ق)

تقدير قيمة الدعوى لتحديد نصاب الاستئناف وجوب الاعتماد على قواعد قانون المرافعات. م ٢٢٣ مراقعات.

(الطعن رقم ٢٠٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ص ١٢٩٤)

تقدير قيمة الدعوى بطلب صحة عقد بقيمة المتعاقد عليه. الدعاوى المتعلقة بالأراضي الزراعية. تقدير قيمتها باعتبار سبعين مثل الضريبة الاصلية المربوطة. لا عبرة بقيمتها الثابتة في عقد بيعها. م ١/٣٧، ٧ مراقعات.

(الطعن رقم ٢٠٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٦/٦)

(الطعن رقم ٦٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

تقدير قيمة الدعوى باعتبار قيمة الحق بأكمله. حق الطاعن في المطالبة بفروق الأجر الإضافي. امتداده الى ساعات لا يمكن تحديدها. مؤداه اعتبار الدعوى به زائدة عن النصاب الانتهائي للمحكمة الابتدائية.

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

إذا تعددت الطلبات في الدعوى وكانت بعض هذه الطلبات منبثقة عن احدهما أو مترتبة عليه أو اثرًا من آثاره فإنها تعتبر مندمجة في ذلك الطلب. مؤدى ذلك. تقدير قيمة الدعوى بقيمة الطلب الأصلي وحده ما لم يدر حولها نزاع مستقل. م ٢/٣٨ مراقعات. مثال في دعوى الإرتفاق.

(الطعن رقم ١٤٠٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تقدير قيمة الدعوى. عدم جواز الاعتماد على القيمة التي حددها المدعى وسكت عنها المدعى عليه. وجوب الاعتماد على قواعد قانون المرافعات. دعوى منع التعرض. تقدير قيمتها بقيمة الحق الذي ترد عليه الحيازة. المواد من ٣٦ الى ٤١ مراقعات.

(الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ع ٢ ص ١٢٩٤)

(نقض جلسة ١٩٥٥/٦/٢٢ مجموعة الريع قرن ج ١ ص ٦٢٤ قاعدة ٢٠)

تعدد الطلبات في الدعوى الناشئة عن سبب قانوني واحد. تقدر قيمتها باعتبار الطلبات جملة. م ٣٨ مراقعات. مؤدى ذلك. وحدة الخصومة واندماج كافة الطلبات فيها.

الحكم بطلبات الخصوم . خروجها على هذا النطاق . اثره .
م ٦٢ مرافعات .

(الطنن رقم ٤١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الطلب في الدعوى . ما هيته . القرار الذي يطلبه
المدعى حماية للحق او المركز القانوني الذي يستهدفه
بدعواه .

(الطنن رقم ٤٢٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٢٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

الطلب الاحتياطي . اختلاف موضوعه عن موضوع
الطلب الأصلي وعدم اندراجه في مضمونه . اعتباره طلبا
جديدا . عدم جواز ابدائه في الاستئناف لأول مرة . مؤدى
ذلك . لمحكمة الاستئناف أن تقضى من تلقاء نفسها بعدم
قبوله . م ١/٢٣٥ مرافعات .

(الطنن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٧)

الطلب الجديد أمام محكمة الاستئناف . ما هيته م ٢٣٥
مرافعات .

(الطنن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٢ - تعديل الطلبات :

تعديل الطلبات . حق للخصوم أثناء نظر الدعوى واثناء
حجزها للحكم متى رخصت المحكمة بذلك في أجل معين
واطلع الخصم الآخر عليها .

(الطنن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٢٦ س ٢٢ ص ٢٣١)

تعديل الطلبات . حق للخصوم أثناء نظر الدعوى
واثناء حجزها للحكم في مذكراتهم . مناطه . ترخيص
المحكمة بتقديم مذكرات في أجل معين لم ينته واطلاع
الخصم الآخر عليها .

(الطنن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٥)

اختلاف الطلب العارض عن الطلب الأصلي موضوعا
وسببا . عدم جواز ابدائه من المدعى في ضرورة طلب
عارض عدا ما تأذن به المحكمة مما يكون مرتبطا بالطلب

٥ . الحكم في أحد هذه الطلبات قبل باقيةا . غير جائز
من فيه استقلالا . م ٢١٢ مرافعات .

(الطنن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

١ - تقدير قيمة الدعوى لتحديد نصاب الاستئناف .
جوب الرجوع فيه الى قواعد قانون المرافعات م ٢٢٣
رافعات .

(الطنن رقم ٥١٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/١١ س ٢٦ ع ٢ ص ١٣٩٤)

٢ - تقدير قيمة الدعوى بقيمة نصيب كل من المدعين
بقيمة المطلوب من كل من المدعى عليهم على حده .
ستناد الدعوى الى سبب قانوني واحد . اثره . تقدير
يتمها باعتبار مجموع المطلوب فيها . م ٣٩ مرافعات .
سبب القانوني . فم . معنى هذه المادة .

(الطنن رقم ٥١٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

(الطنن رقم ٢٩٠ لسنة ٤٦ ق - جلسة ١٩٨٠/٥/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٢٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

محكمة الموضوع . سلطتها في تقدير قيمة العقار . م
١/٣٧ مرافعات شرطه . أن يثبت على وجه اليقين أن
لعقار غير مربوط عليه ضريبة . وأن يكون التقدير
ستمدا من عناصر لها أصلها الثابت بالأوراق وأن يعتد
بالتقدير بيوم رفع الدعوى . م ٣٦ مرافعات .

(الطنن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

ثالثا : نطاق الدعوى :

١ - الطلبات في الدعوى

المرافعة في الدعوى غير جائزة الا بعد انعقاد
الخصومة باستيفاء الشكل الذي نص عليه القانون . ابداء
طلب في موضوع الدعوى قبل ذلك . لا يعد مطروحا على
المحكمة .

(الطنن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

لا قضاء إلا في خصومة ولا خصومة بغير دعوى
يخصها المدعى يحدد فيها طلباته . مؤدى ذلك . التزام

(الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٥ - سبب الدعوى :

محكمة الموضوع . لا تملك تغيير سبب الدعوى التزامها بقصر بحثها عليه .

(الطعن رقم ٣٠٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

(نقض جلسة ١٩٦٥/١١/٢٥ س ١٦ ص ١١٤٥)

سبب الدعوى . ما هيته . عدم معيره بتغير الواقعة والحجج القانونية التي يستند اليها الخصم

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

سبب الدعوى في معنى المادة ٤١ مراقعات . ما هو

تغييره لأول مرة أمام محكمة النقض . سبب جديد تجوز اثارته .

(الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٦٤/١/١٩ س ١٥ ع ١ ص ٥٣)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ س ٢٥ ص ١٢٧٤)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

الطلب في الدعوى . ما هيته . القرار الذي المدعى من القاضي حماية للحق او المركز القانوني يستهدفه بدعواه . السبب . هو الواقعة التي يستند المدعى الحق في الطلب ، عدم تغييره بتغير الادلة الوا او الحجج القانونية .

(الطعن رقم ٢٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ س ٣٣ ع ٢ ص ١٣٠١)

سبب الدعوى . ما هيته .

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٦ - تكييف الدعوى :

التزام محكمة الموضوع بإعطاء الدعوى وصفها وإسباغ التكييف القانوني الصحيح عليها دون التقيد بتكليف الخصوم لها . العبرة في ذلك بحقيقة المقصود من الطلب لا بالالفاظ التي صيغت بها .

الأصل تقدير توافر الارتباط من سلطة محكمة الموضوع . مؤدى ذلك . جواز تعديل المدعى طلبه من صحة ونفاذ عقد البيع إلى طلب تثبيت ملكيته للبدر المبيع بناء على إذن المحكمة . الفقرة الخامسة من المادة ١٢٤ مراقعات .

(الطعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

٣ - الطلبات العارضة :

توجيه الطلبات العارضة ، الأصل اتباع الاجراءات المعتادة في رفع الدعوى . الاستثناء . شرطه .

(الطعن رقم ١٧٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١١/٢٧ س ٢٦ ع ٢ ص ١٥١٥)

٤ - الطلبات الختامية :

العبرة بالطلبات الختامية في الدعوى . (مثال في تعويض) .

(الطعن رقم ٢١١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

العبرة بالطلبات الختامية في الدعوى .

(الطعن رقم ١٢٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٢٦ س ٣٢ ع ١ ص ٣٢١)

العبرة في طلبات الخصوم هو بالطلبات الختامية المبداه في الدعوى .

(الطعن رقم ٤١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

الطلبات التي تتقيد بها المحكمة . ما هيته . لا عبرة بالطلبات التي تتضمنها صحيفتها طالما لم يحل المدعى في مذكرته الختامية اليها . محكمة الموضوع سلطتها في استخلاص تعديل الطلبات في الدعوى . شرطه .

(الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

الطلبات التي تتقيد بها المحكمة . ما هيته . العبرة بالطلبات الختامية في الدعوى . لا عبرة بالطلبات التي تتضمنها صحيفتها طالما لم يحل المدعى في مذكرته الختامية اليها . فصل المحكمة في غير ما حوته تلك المذكرة الأخيرة وهي مدركة لحقيقة الطلبات . قضاء بما لم يطلبه الخصوم . سبيل الطعن فيه هو النقض .

(الطعن رقم ٩٤٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/١٠ س ٢٧ ص ١٧٤٨)

تكييف المدعى دعواه تكييفاً خاطئاً . لا يقيد القاضى . التزامه بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح . طلب المالك بطلان عقد بيع الغير لملكه . التكييف الصحيح للدعوى هو طلب الحكم بعدم سرعان العقد فى حقه . خضوعها للتقادم الطويل علة ذلك . (الطعن رقم ١٦٥٢ لسنة ٥٥ ق . جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/١٠ س ٢٨ ص ١٦٥٩)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢٩ س ٣٠ ص ٩٨٠)

محكمة الموضوع . ملزمة بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانونى الصحيح دون ان تتقيد بتكييف الخصوم لها .

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

تكييف المدعى لدعواه . لا يقيد محكمة الموضوع . التزامها بالفصل فيها على اساس التكييف القانونى الصحيح .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق . جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

تكييف الخصوم للدعوى . لا يقيد المحكمة . وجوب إعطائها التكييف القانونى الصحيح . حكم محكمة اول درجة فى موضوع الدعوى . قضاء تستنفذ به ولايتها . وجوب تصدى محكمة الاستئناف للنزاع . ليس فى ذلك تفويت لاحدى درجات التقاضى . تكييف الحكم المطعون فيه الدعوى باعتبارها دعوى حق وليست دعوى حيازة . عدم جواز النعى عليه بتغيير سبب الدعوى من تلقاء نفسه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٥٢ ق . جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

رابعاً : نظر الدعوى أمام المحكمة :

١ - الخصوم فى الدعوى :

حضور الخصوم وتمثيلهم وغيابهم وشطب الدعوى :

تخلف المدعى عن الحضور بالجلسة الأولى المحددة

لنظر دعواه أو بأية جلسة تالية . غير مانع من نظرها متى تبينت المحكمة أنها صالحة للفصل فيها ولو تمسك الخصم الحاضر بشطب الدعوى .

(الطعن رقم ٥٨٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٥/١٩ س ٢٧ ع ١ ص ١١٢٢)

(١) ميعاد الستين يوماً لتعجيل الدعوى من الشطب . عدم اعتباره مرعياً الا إذا تم اعلان صحيفة التعجيل خلاله . اغفال الطاعن طرح أمر أقامته بالكويت على محكمة الموضوع . مؤداه . عدم جواز التقضى به لأول مرة أمام محكمة النقض . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٥٠٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٩)

(نقض جلسة ١٩٦١/١١/١٩ س ٢٢ ص ٢٠٥٨)

(٢) الميعاد الأصلى المحدد لاعلان تعجيل الدعوى من الشطب . ما هيته . ميعاد لمباشرة ذلك الاجراء فيه . اثره . عدم اضافة ميعاد مسافة الا لما يقتضيه الانتقال للقيام بالاعلان من مقر المحكمة التى اودعت بها صحيفة التعجيل وموطن المراد اعلانه .

(الطعن رقم ١٥٠٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٩)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/٢٢ س ١٧ ص ٢٤٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/١٨ س ٢٩ ص ٥١٠)

عدم قابلية النزاع للتجزئة . مقصوده . ما كان الفصل فيه لا يحتمل غير حل واحد . اثره . توقيع الجزاء المقرر بالمادة ٨٢ مرافعات لصالح كافة الخصوم الحقيقيين فى النزاع .

(الطعن رقم ٥٨٥ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

شطب الدعوى . اثره . وقف السير فى الدعوى وانقطاع تسلسل الجلسات . تطبيق المادة ٢١٣ مرافعات . تخلف المحكوم عليه عن حضور الجلسات التالية للتجديد من الشطب - بدء الميعاد من تاريخ اعلانه بالحكم .

(الطعن رقم ٢٦٥٧ لسنة ٥٦ ق ، ٢١٢٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

التدخل فى الدعوى :

التدخل فى الدعوى . وجوب أن يكون بالاجراءات

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٧٥/٢/١٢ س ٢٦ ص ٣٦٤)

تدخل النيابة العامة :

الخلاف حول ما إذا كان ثمن الحصة التي قام الأب ببيعها قد تم تبرعا منه للقصر أم دفعت من ماله الخاص. اختصاص المحكمة المدنية بالفصل فيه ولا شأن لمحكمة الأحوال الشخصية للولاية على المال به. مؤدى ذلك. عدم لزوم تدخل النيابة في الدعاوى التي يثور فيها مثل هذا الخلاف. البطلان المترتب على اغفال اخطار النيابة في قضايا القصر. بطلان نسبي مقرر لمصلحتهم دون غيرهم م ٨٨ مرافعات.

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)
(قرب نقض ١٩٢٢/٦/٢١ س ١٢ ص ٨٠٨٢٧ / ١١/ س ٣٢ ص ١٩٩٤)

الدفع في الدعوى :

الدفع بعدم القبول :

الدفع بعدم قبول الدعوى لوجوب استصدار امر اداء قيامه على عناصر موضوعية رغم تعلقه بالنظام العام. عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥٦ ق. جلسته ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٩ س ٣٢ ع ٢ ص ٢١٥٦)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٥/٢٢ س ٢٢ ع ٢ ص ٩٨١)

الدفع بعدم قبول الدعوى المؤسس على حكم المادة ١٥٧ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بإصدار التأمين الاجتماعي. دفع شكلي موجه لإجراءات الخصومة. عدم اعتباره دفعا بعدم القبول مما نصت عليه المادة ١١٥ من قانون المرافعات.

(الطعن رقم ٢١٣٨ لسنة ٥١ ق. جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

الحكم بعدم قبول الدعوى المؤسس على حكم المادة ١٥٧ من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥. لا تستنفذ به المحكمة ولايتها في نظر موضوع الدعوى. القضاء استثنائيا بالغاء هذا الحكم. أثره. وجوب إعادة الدعوى إلى محكمة أول درجة لنظر موضوعها.

المعتادة لرفع الدعوى قبل يوم الجلسة أو بطلب يقدم شفاهة في حضور الخصوم ويثبت في محضرها. م ٢/١٢٦ مرافعات.

(الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/١٨ - الطعن رقم ١٢٩٦ لسنة ٤٨ ق)
التدخل في الدعوى. أثره. صيرورة المتدخل طرفا فيها الحكم الصادر في الدعوى حجة له أو عليه. حقه في الطعن عليه.

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ص ٨٩٤)

رسم التدخل :

عدم سداد طالب التدخل الرسم المستحق على طلب التدخل. لا يوجب البطلان. صدور الحكم بعدم قبول تدخله. أثره. حقه في الطعن عليه باعتباره محكوما عليه في طلب التدخل.

(الطعن رقم ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق. جلسة ١٩٨٨/١/٧)

عدم سداد الرسم المستحق على طلب المتدخل. لا بطلان في الاجراء.

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ص ٨٩٤)

التدخل الانضمامي والاختصاصي :

التدخل في الدعوى المبني على ادعاء المتدخل ملكيته للعقار موضوع الدعوى وطلب رفضها استنادا لذلك. اعتباره تدخلا هجوميا. علة ذلك. طعنه في الحكم الصادر بعدم قبول تدخله.

(الطعن رقم ٩٥٦، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق. جلسة ١٩٨٨/١/٧)

العبرة في اعتبار التدخل هجوميا أو انضماميا هي بحقيقته وبحسب مرامه. التدخل المبني على الادعاء بملكية الأرض المبيعة وطلب رفض دعوى صحة البيع. اعتباره تدخلا هجوميا.

تصريح منها أو اطلاق الطرف الآخر عليها. للمحكمة الالتفات عنها.

(الطن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٥)

اعادة الدعوى للمرافعة :

اعادة الدعوى للمرافعة . ليس حقا للخصوم . استقلال محكمة الموضوع بتقدير مدى الجد فيه .

(الطن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

قرار إعادة الدعوى للمرافعة بعد حجزها للحكم . وجوب اعلانه لطرفيها ما لم يثبت حضورهما وقت النطق به . اغفال ذلك . اثره . بطلان الاجراءات التالية لاعادة الدعوى للمرافعة في مواجهة الخصم الذي لم يعلن بالقرار وتخلف عن الحضور بالجلسة . علة ذلك .

(الطن رقم ٤٢٨ لسنة ٥٨ ق . جلسة ١٩٨٨/١/٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٥ س ٣٢ ص ١٠٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٩ س ٣١ ص ٥٤٤)

اعادة الدعوى للمرافعة لتقديم مستندات جديدة . من اطلاقات محكمة الموضوع .

(الطن رقم ١٣٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

خامسا : المسائل التي تعترض سير الخصومة :

وقف الدعوى :

وقف الدعوى المدنية لحين الفصل في الدعوى الجنائية . مناطه . عدم التزام المحكمة بوقف الدعوى متى استندت في قضائها لأسباب لا تتعلق بالواقعة الجنائية . مثال .

(الطن رقم ١٤٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١١/٢٤ س ٣٠ ص ٥٣)

٤ - وقف الدعوى المدنية . شرطه . وجوب الفصل في مسألة اولية تخرج عن اختصاص المحكمة .

(الطن رقم ٢١٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى :

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى . ما هيته . اثر قبوله .

(الطن رقم ٢٥٢٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

(الطن رقم ٥٦٣ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٦/٥ س ١٩ ع ٢ ص ١١٠٤)

الدفع بعدم جواز نظر الدعوى لسبق الفصل فيها . ماهيته . قبول محكمة اول درجة له . اثره . إلغاء محكمة الاستئناف هذا الحكم . مؤداه . التزامها بنظر الموضوع . عدم اعتبار هذا إخلالا بقاعدة التقاضي على درجتين .

(الطن رقم ٨٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٦/٥ س ١٩ ع ٢ ص ١١٠٤)

تقديم المذكرات والمستندات :

التزام محكمة الموضوع بقبول مذكرات مقدمة من أحد الخصوم خلال فترة حجز الدعوى للحكم وقبل انتهاء الأجل المحدد لتقديمها . مناطه اطلاع الخصم الآخر عليها او ثبوت اعلانه بها .

(الطن رقم ١٥٤٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٥)

قاعدة عدم جواز قبول اوراق او مذكرات من أحد الخصوم في غير الجلسات المحددة لنظر الدعوى دون اطلاع الخصم الآخر عليها الا ان تودع رفق صحيفة الدعوى . المادتان ١٦٨ ، ٦٥ مرافعات . اصل من اصول المرافعات لا يسوغ الخروج عليه ولو اذنت به المحكمة . مثال .

(الطن رقم ٢٠٠١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٥/١٧ س ٢٤ ص ٧٧٢)

حجز الدعوى للحكم :

حجز الدعوى للحكم . اثره . انقطاع صلة الخصوم بها بالاندر الذي تصرح به المحكمة بتقديم مستندات دون

(الطعن رقم ١٩٦١ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

ترتب مسئوليتين - جنائية ومدنية - عن الفعل الواحد. اقامة دعوى المسؤولية امام المحكمة المدنية. اثره. وجوب وقف السير فيها حتى تمام الفصل نهائيا في الدعوى الجنائية. م ٢٦٥ إجراءات جنائية. علة ذلك. اعتبارها مانعا قانونيا من متابعة السير في إجراءات الدعوى المدنية التي يجمعها بالدعوى الجنائية أساس مشترك.

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق - هيئة عامة - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

الحكم بوقف السير في الدعوى المدنية لحين الفصل نهائيا في الدعوى الجنائية التي يجمعها معها أساس مشترك. مؤداه. وجوب عدم احتساب مدة الوقف في مدة انقضاء الخصومة. عدم تعارض ذلك مع عبارة (في جميع الأحوال، الوادة بالمادة ١٤٠ مراقعات.

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق - هيئة عامة، جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

تقدم الخصومة. خضوعه للوقف والانقطاع. علة ذلك. الاجراء القاطع للتقدم هو الذي يتخذ في مواجهة الخصم بقصد استئناف السير في الخصومة. وقف التقدم. تحققه بقيام مانع مادي أو قانوني يحول دون مباشرة اجراءاتها.

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق - هيئة عامة، جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

انقطاع سير الخصومة :

البطلان المترتب على اغفال اعلان الخصم بالجلسة المحددة عند اعادة الدعوى للمرافعة وعلى عدم الحكم بانقطاع سير الخصومة لوفاة أحد الخصوم. نسبي. عدم جواز التمسك به الا ممن شرع لمصلحته.

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٣١ س ٢٩ ص ٣٦٠)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س ٢٩ ص ١١٨٥)

وفاة الخصم قبل ان تنهيا الدعوى للحكم في موضوعها. اثره. انقطاع سير الخصومة م ١٣٠ مراقعات. بطلان الاجراءات بعد الانقطاع. بطلان نسبي

لمصلحة خلفاء المتوفى. عدم تعلقه بالنظام العام.

(الطعن رقم ١١١١ لسنة ٥٥ القضائية - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س ٢٩ ص ١١٨٥)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٣٠ س ٢٥ ص ١٥١٤)

انقطاع سير الخصومة بوفاة المدعى عليه أو المستأنف ضده. وجوب موالاة المدعى أو المستأنف السير في إجراءات الخصومة في مواجهة ورثة خصمه قبل انقضاء سنة. لصاحب المصلحة طلب توقيع الجزاء بسقوط الخصومة. مناطه. مباشرة الخبر للمأمورية المنوط بها وايداع تقريره لا يعد مانعا من سريان مدة السقوط.

(الطعن رقم ٨٤١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٥٦/١/٢١ س ٧ ع ١ ص ٧٤٦)

(نقض جلسة ١٩٧٠/١/٢٠ س ٢١ ع ١ ص ١٣٩)

بطلان الحكم لعدم القضاء بانقطاع سير الخصومة. بطلان نسبي مقرر لمن شرع الانقطاع لمصلحته.

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٨ س ٢٩ ع ١ ص ١١٨٥)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ س ١٩ ع ٣ ص ١٤٣٢)

(نقض جلسة ١٩٥٦/٣/٢٢ س ٧ ع ١ ص ٣٥١)

انقطاع سير الخصومة. وقوعه بقوة القانون متى تحقق سببه بعد بدئها - حصوله قبل ذلك. اثره. انعدام الخصومة.

(الطعن رقم ١٤٧١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض ١٩٨١/١/١٣ س ٣٢ ص ١٩٢)

زوال صفة من يوجب في مباشرة الخصومة عن أحد الخصوم. اثره. انقطاع سيرها بطلان الاجراء الذي يتخذ في فترة الانقطاع وقبل استئناف الدعوى سيرها بطلانا نسبيا. لا يجوز لغير من شرع لمصلحته التمسك به.

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

بطلان الاجراءات التي تتم اثناء انقطاع سير الخصومة

أحد الخصوم . نسبي عدم جواز التمسك به لغير من
البطلان لمصلحته . م ١٣٢ مرافعات .

(الطعن رقم ١٣٧٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٩ س ٢٧ ص ١٤٠٧)

نقطاع سير الخصومة . وقوعه بقوة القانون بوفاة
الخصوم فيها . أثره . بطلان الاجراءات التي تتم اثناء
لابعها . صدور الحكم الاستثنائي دون اعلان الطاعن
نى بالخصومة بعد وفاة مورثه وقبل ان تنتهي للفصل
مؤداه . بطلان الحكم بما يوجب نقضه بالنسبة
عنين للارتباط القائم بين مركزيهما .

(الطعن رقم ١٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

وط الخصومة :

نقض الحكم . اثره . زوال الحكم المنقوض . تعجيل
موى لتستأنف سيرها امام محكمة الاحالة . تمامه
ليف بالحضور يعلن بناء على طلب من يهيمه الامر من
صم الى الطرف الآخر خلال سنة من صدور حكم
نقض والا كان لكل ذى مصلحة التمسك بسقوط الخصومة
نضام سنة من آخر اجراء صحيح من إجراءات
ماضى . م ٢٣١ مرافعات .

(الطعن رقم ١٩٠١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٢/٢٥ س ٢٥ ص ٥٣٨)

نقض الحكم والاحالة الى محكمه الاستئناف للفصل
ها من جديد . مدة سقوط الخصومة . بدوها من تاريخ
بور حكم النقض باعتباره اخر اجراء صحيح فى
عوى لا من تاريخ اعلانه .

(الطعن رقم ١٩٠١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٦٣/٦/٢٤ س ١٤ ص ١٧٠)

زوال صفة محامى الخصم . لا يحول بينه وبين
قوف على ما تم فى الطعن وتعجيل الخصومة امام
كمة الاحالة قبل سقوطها . الحكم بسقوط الخصومة فى
ستئناف مؤداه . اعتبار الحكم المستأنف نهائيا .

(الطعن رقم ١٩٠١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/٢٩ س ٢٨ ع ٢ ص ١٧١٧)

سقوط الخصومة . م ١٣٤ مرافعات . انقضاء
الخصومة . م ١٤٠ مرافعات . ما هية كل منهما . وقف
مدة السقوط والانقضاء عند وجود المانع القانونى .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق هيئة عامة جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

سقوط الخصومة . جزاء مقرر لمصلحة الخصم . له
التنازل عنه صراحة او ضمنا ليس للخصم بعد تنازله عنه
معاودة التمسك به .

(الطعن رقم ٢٠٦٢ ، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٥٧/٣/٧ س ٨ ص ٢١٠)

سقوط الخصومة . قابليته للتجزئة عند تعدد المدعى
عليهم . ما لم يكن موضوعها غير قابل للتجزئة .

(الطعن رقم ٢٠٩٢ ، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٣١ س ٣٠ ع ١ ص ٨٨٤)

الدفع بسقوط الخصومة . تقديمه الى المحكمة المنظورة
امامها الدعوى ، اتصاله بمصلحة الخصوم ، لهم التنازل
عنه صراحة او ضمنا . صدور ما يدل على أن الخصم
الذى شرع السقوط لمصلحته قد نزل عن التمسك به . لا
يصح أن يعود الى ما اسقط حقه فيه .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٦٣/٣/١٤ س ١٤ ع ١ ص ٣١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠ - الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٥ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨ لطنان رقم ٢٠٦٢ و ١١٣٢ لسنة ٥١ ق)

الحكم بسقوط الخصومة او انقضائها . مقتضاه . ان
تكون الخصومة فى حالة ركود بعدم السير فيها وان
يستمر ركودها المدد المنصوص عليها فى المادتين
١٣٤ ، ١٤٠ مرافعات . مؤداه . استمرار نظر الدعوى
دون الحكم بانقطاع سير الخصومة مانع من سريان مدة
السقوط او الانقضاء . علة ذلك . اثره . وقف جميع اجراءات
المرافعات التى كانت جارية فى حق الخصوم وبطلان
الاجراءات التى تحصل اثناء الانقطاع . م ١٣٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

انقضاء الخصومة . عدم تعارض ذلك مع عبارة «في جيل الأحوال الواردة بالمادة ١٤٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق هيئة عامة جلسة ١٨٨/٣/٢)

ترك الخصومة :

ترك الخصومة لا يتم بمجرد التصريح به ما لم يتخذ تنازلاً عن أصل الحق . مؤدى ذلك جواز الرجوع عن الترك صراحة أو ضمناً . شرطه ألا يكون قد قبله الخصم باعتباره . إعلان الخصم بتقرير الخبير وتوجيه الطلب الختامية إليه . مفاده العدول عن ترك الخصومة قبل

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١١ س ٢٩ ص ١٢٣٥)

ترك الخصومة في الدعوى . حق للخصم متى توافر له مصلحة في التنازل م ١٤١ ، ١٤٢ مرافعات . مشرر بقبول الخصم الآخر إن كان قد أبدى طلباته في الدعوى لا حاجة لقبوله عند انتفاء مصلحته المشروعة استمرار الخصومة اثر التنازل . الغاء جميع اجراءات الخصومة دون المساس بأصل الحق المرفوعة . الدعوى .

(الطعن رقم ٢٠٩٢، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/١١ س ٢٩ ع ١ ص ١٢٣٥)

البطلان الناشئ عن ترك الخصومة . عدم نفاذ بالنظام العام . اثره ليس لغير من شرع البطلان لمصلحة التمسك به .

(الطعن رقم ٢٠٩٢، ٢١٣٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(الطعن رقم ١٢٥١ لسنة ٤٩ ق - جلسة ١٩٨٤/١١/٨)

تقديم الخصومة :

تقديم الخصومة . خضوعه للوقف والانقطاع . ذلك . الاجراء القاطع للتقديم هو الذي يتخذ في مواجهة الخصم بقصد استئناف السير في الخصومة . وقف التقاضي تحققه بقيام مانع مادي أو قانوني يحول دون مباشر اجراءاتها .

(الطعن رقم ١٨٢٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٢/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٣٠ س ٣٣ ع ١ ص ٣٤٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٤/١٩ س ٢٩ ع ٢ ص ١٠٤٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٦ س ٢٩ ع ١ ص ٤٠٥)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٩ س ٢٧ ص ١٣٠٧)

الدفع بسقوط الخصومة . اتصاله بمصلحة الخصم له التنازل عنه صراحة أو ضمناً . م ١٢٤ مرافعات .

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٠ س ٣٢ ص ١٥٥٧)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٣/٢٢ س ١٧ ص ٦٥٦)

انقضاء الخصومة :

انقضاء الخصومة بمضى ثلاث سنوات على آخر إجراء صحيح فيها . م ١٤٠ مرافعات . انقطاع مدة الانقضاء . سبيله . إجراء صحيح يصدر من صاحب المصلحة في الدعوى قاصدا استئناف السير فيها .

(الطعن رقم ٢٣٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٣١ س ٢٩ ص ٣٦٧)

انقضاء الخصومة بمضى المدة . شرطه . تمسك صاحب الشأن به قبل تعرضه للموضوع .

(الطعن رقم ٢٠٧٦ لسنة ٥٢ ق و ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

(الطعن رقم ١٨٢٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٢/١٢/٨)

انقضاء الخصومة لعدم موالاة السير في إجراءاتها مدة ثلاث سنوات . م ١٤٠ مرافعات . اعتبارها مدة تقادم مسقط لاجراءات الخصومة ذاتها دون الحق موضوع الدعوى . عدم تعلقه بالنظام العام . وجوب التمسك به وجواز التنازل عنه .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق هيئة عامة جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

الحكم بوقف السير في الدعوى للمدنية لحين الفصل نهائيا في الدعوى الجنائية التي يجمعها معها اساس مشترك . مؤداه . وجوب عدم احتساب مدة الوقف في مدة

شرطه . أن يتم في أول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة للمضى في نظرها . الجلسة الأولى في معنى المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من قانون المرافعات . مناطها بتمام الاعلان أو اعادة الاعلان حسب الأحوال .

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)
(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٢/١١/١٥)
عدم تسليم المدعى عليهم في دعوى صحة التعاقد بالحق المدعى به قبل رفع الدعوى . القضاء بالزامهم بالمصروفات . لا خطأ .

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

ثامنا : أنواع من الدعاوى :

الدعوى البوليصة :

الدعوى البوليصة . ما هيته . دعوى بعدم نفاذ التصرف الصادر من المدين اضرارا بدائنه . الحكم الصادر فيها لصالح الدائن . لا يمس صحة العقد الصادر من المدين . مؤدى ذلك . عدم عودة ملكية العين الى المدين وانما رجوعها فقط الى الضمان العام للدائنين .

(الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٣) س ٣٣ ص ٥٠٨

الدعوى البوليصة . ما هيته . اثر الحكم الصادر فيها . عدم قبولها إذا كان القصد منها ثبوت ملكية العين للمدعى أو تقرير افضلية عقد شرائه للعين على عقد آخر صادر من ذات المتصرف أو أحد ورثته . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٩ - الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٠ ق)

(قرب نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٠ س ٣٢ ص ١٥٤٩)

(الطعن رقم ١٦٠ لسنة ٥٦ ق - هيئة عامة، جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

اعتبار الدعوى كأن لم تكن :

اعتبار الدعوى كأن لم تكن . م ٧٠ مرافعات . عدم تعلقه بالنظام العام ليس لغير من لم يتم اعلانه التمسك به .

(الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٢٨ س ٢١ ص ١٨٨٨)

اعتبار الدعوى كأن لم تكن لعدم اعلان صحيفتها خلال ثلاثة أشهر من تاريخ قيدها . جوازى لمحكمة الموضوع بلا رقابة محكمة النقض . م ٧٠ مرافعات .

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/١٠ س ٣٣ ص ١٢٧١)

سادسا : الحكم فى الدعوى :

رفض الدعوى . مؤداه . زوال اثرها فى قطع التقادم .

(الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١٢/٢٨ س ٢٥ ص ١٥٠٢)

اغفال الحكم المستأنف الفصل فى احد الطلبات . مؤداه . عدم جواز الطعن فى هذا الشق بالاستئناف . م ٢١١ مرافعات . علة ذلك .

(الطعن رقم ٩٩٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

مصاريف الدعوى :

الحكم على الخصم بالمصروفات . شرطه . ان يكون ذا مصلحة شخصية فى الخصومة بالاضافة الى خسارته للدعوى . م ١٨٤ مرافعات .

(الطعن رقم ٤١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٥٧/٢/٢٣ س ٨ ص ٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/١٧ س ٢٩ ص ٢١٨)

استحقاق ربيع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها .

دعوى الضمان :

دعوى الضمان. استقلالها عن الدعوى الأصلية. عدم اعتبارها دفعا أو دفاعا فيها. مؤداه. لطالب الضمان حق الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية لأنه أنهى الخصومة قبله. لا يغير من ذلك أن يكون للضامن حق الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية باعتباره خصما لمنازع طالب الضمان وإن ميعاد طعنه لا يبدأ إلا من تاريخ الحكم في طلب الضمان الذي تنتهيء به الخصومة قبله.

(الطعن رقم ١٧٩٢ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢١ - الطعن ٢٢ لسنة ٤٩ ق)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٨ س ٢٦ ص ١٢٥)

دعوى الضمان الفرعية. استقلالها عن الدعوى الأصلية. أثر ذلك. وجوب رفعها بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى. عدم جواز ابدائها بطلب عارض أو رفعها بإعلان يقدم إلى المحضرين مباشرة. وجوب قيدها بقلم الكتاب. مخالفة ذلك. أثره. اعتبار دعوى الضمان غير مقبولة. تعلق ذلك بالنظام العام. المادتان ٦٣ و ١١٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/١٩ س ٣٠ ع ١ ص ٨٥٩)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ س ٢٩ ع ١ ص ١٤٦٢)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١٢/٤ س ٢٥ ص ١٣٥١)

دعوى الضمان استقلالها بكيانها عن الدعوى الأصلية. عدم اعتبارها دفاعاً ولا دفعا فيها لكل منهما ذاتيتها. مؤداه. جواز الطعن في الحكم الصادر في الدعوى الأصلية دون انتظار الفصل في طلب الضمان. م ١٢٠ مرافعات.

(الطعن رقم ٧٦١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

(الطعن رقم ٢ لسنة ٤٦ ق- جلسة ١٩٧٩/٢/١٥)

الدعوى غير المباشرة :

الدعوى غير المباشرة. وجوب رفعها باسم المدين

ليكون المحكوم به حقا له ويدخل في عموم أمواله ضمنا لحقوق دائنيه. الدعوى التي ترفع باسم الدائن استعمالا لحق مباشر له وطلب الحكم لمصلحته لا لمصلحة مدينه. دعوى مباشرة.

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٤/٢٦ س ٢٦ ص ٨٤٤)

(نقض جلسة ١٩٧٢/١/٢٣ س ٢٣ ص ١٠١)

الدعوى غير المباشرة. ما هيته. المادتان ٢٣٥، ٢٣٦ مدنى. نيابة الدائن عن مدينه مصدرها القانون. تمسكه بالدفع والدفاع في مواجهة الخصم. شرطه. فرض الحراسة الادارية على المدين - مانع قانونى لو قد سريان التقادم في حقه - ليس للدائن التمسك به. علة ذلك.

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الدعوى غير المباشرة. نطاقها. اكتساب حق المرور لصالح الأرض المحبوسة عن الطريق العام. خروجه عن نطاق استعمال الدعوى غير المباشرة. علة ذلك.

(الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

دعوى صحة الحجز :

أمر الحجز التحفظى الصادر من قاضى الاداء أو قاضى التنفيذ. وجوب طلب الحكم بثبوت الحق وصحة الحجز خلال الميعاد والا اعتبر الحجز كأن لم يكن. المادتان ٢١٠ و ٣٢٠ مرافعات. وجوب رفع دعوى ثبوت الحق بالاجراءات المعتادة لرفع الدعوى. أثر مخالفة ذلك. عدم القبول. اعتبار طلب الاداء بديلا لصحيفة الدعوى. شرطه. توافر شروط استصدار أمر الاداء فى الدين.

(الطعن رقم ٨٦٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/١٤ س ٢٩ ع ١ ص ١٤٦٢)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٧ س ٣٠ ع ١ ص ٧٣٦)

(قرب نقض ١٩٨٤/٢/٢٨ الطعن ٤٩٣ لسنة ٤٩ ق)

دعوى الحيازة :

في الدعوى الجنائية . شرطه .

(الطعن رقم ١٩٦١ لسنة ٥٠ ق. جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

- ١ -

رسوم

الرسوم القضائية :

الاعفاء من الرسوم القضائية . قاصر على الطعون المرفوعة من الحكومة دون غيرها إلا بنص خاص .

(الطعن رقم ١٢٥١ لسنة ٥١ ق. جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

استحقاق ربع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها . شرطه . أن يتم في أول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة للمضى في نظرها . الجلسة الأولى في معنى المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من قانون المرافعات . مناطها . بتمام الاعلان أو إعادة الاعلان حسب الأحوال .

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق. جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠ الطعن ٧٧٦ لسنة ٤ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١/١٢ الطعن ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١١/١٥ - الطعن ٢١١ لسنة ٥٠ ق)

إجراءات التقاضى . تعلقها بالنظام العام . مؤداه . على المحكمة متى رفعت إليها الطلبات المتعلقة بتقدير الرسوم القضائية في صورة دعوى أن تقضى بعدم قبولها من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٥٢ ق. جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٢/١٢/٣٠ س ٢٣ ص ٦٠٩)

الرسوم القضائية . المنازعة في مقدارها يكون بطريق المعارضة في امر التقدير . المنازعة في اساس الالتزام بها ومداه والوفاء بها . يكون بالاجراءات العادية . المادتان ١٧ ، ١ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ معدل بقانون ٦٦ لسنة ١٩٦٤

الجمع بين دعوى الحيازة وبين المطالبة بالحق . محظور م ٤٤ مرافعات . دعاوى الحيازة . مقصودها . طلب تثبيت الملكية وكف المنازعة ومنع التعرض . عدم اعتباره بمثابة جمع بين دعوى الحق ودعوى الحيازة .

(الطعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق. - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ س ٢٢ ص ١٠٠٠٢)

دعاوى وضع اليد . أساسها . تنازع اشخاص متعددون على حيازة حق واحد . العبرة بمن توافرت له الحيازة المادية . عدم الاعتداد بالأعمال التي تتم على سبيل التسامح . علة ذلك . المادتان ٩٤٩ ، ٩٦٣ مدنى .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق. - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

وضع اليد . وقوعه على العقار المفروز والحصه الشائعة فيه . مؤداه . للشريك على الشيوع اقامة دعاوى الحيازة لدفع التعرض الواقع له أيا كان المتعرض ولو كان أحد شركائه على الشيوع . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٨ ق. - جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

دعوى صحة التوقيع :

دعوى صحة التوقيع . ما هيئتها . الحكم الصادر فيها لا ينصب الا على التوقيع الموقع به على الورقة . قيامه مقام تصديق الموظف المختص على التوقيع . تقادما بمضى خمس عشر سنة من تاريخ التوقيع على الورقة . لا ارتباط بينها وبين التزام البائع بضمان التعرض المقرر بالمادة ٣٤٩ مدنى .

(الطعن رقم ٣٥٠ لسنة ٥٧ ق. - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(الطعن رقم ١٩٤٤ لسنة ٥٢ ق. جلسة ١٩٨٧/٤/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/٢٥ س ٣١ ع ٢ ص ١٩٤٠)

(نقض جلسة ١٩٥٢/٣/٦ س ٣ ص ٦٤٠)

(نقض جلسة ١٩٥١/٥/٣ س ٢ ص ٧٩٥)

دعوى التعويض :

٣ - التزام المحكمة المدنية بوقف الدعوى حتى يفصل

(الطعن رقم ٦٠٠ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٦ - الطعن ١١٤٤ لسنة ٥١ ق)
(جلسة ١٩٦٦/٥/١١ من ١٧ ص)

الرسوم المستحقة على الدعوى - التزام المدعى
بإدائها كاملة. تحصيلها من المحكوم لصالحه أو من
المحكوم عليه بعد صيرورة الحكم نهائيا. جائز. م ١٤
ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤.

(الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/٦ - الطعن رقم ١٨٨٩ لسنة ٥٣ ق)
تقدير الرسم النسبي في دعاوى طلب الحكم بصحة
العقود أو إبطالها أو فسخها. يكون بقيمة الشيء المتنازع
فيه. م ٧٥ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤. تقدير رسوم الاستئناف.
العبارة فيه بقيمة الحق موضوع الاستئناف سواء قضى به
استئنافيا للمستأنف أو تأيد ما قضى به للمستأنف عليه.

(الطعن رقم ٨٤٦ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/٢٢ من ٢٩ ص ١٧٢٩)

أمر تقدير الرسوم القضائية. المنازعة فيه حول مقدار
الرسم الذي يضح اقتضاؤه. وجوبها بطريق المعارضة.
امتداد المنازعة الى أساس الالتزام بالرسم ومداه والوفاء
به. وجوب سلوك إجراءات المرافعات العادية. مخالفة
ذلك. أثره. التزام المحكمة بالحكم من تلقاء نفسها
بالحكم بعدم قبول المنازعة لتعلق إجراءات التقاضي
بالنظام العام. المادتان ١٧ و ١٨ ق. ٠ لسنة ١٩٤٤.

(الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٢/٣ من ٢٣ ص ٦٠٩)

استحقاق ريع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها.
شرطه. أن يتم في أول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة
للمضى في بنظرها. الجلسة الأولى في معنى المادة ٢٠
من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية
المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من
قانون المرافعات. مناطها.

(الطعن رقم ٢٠٨٩ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٦)

(الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٠ ق- جلسة ١٩٨٣/١١/١٥)

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(الطعن ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

الرسوم المستحقة على الدعوى. الأصل التزام المدعى
بإدائها. جواز تحصيلها من المحكوم ضده بعد صيرورة
الحكم نهائيا. م ١٤ ق ٩٠ لسنة ١٩٤٤ المعدل.

(الطعن رقم ٥٥١ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(الطعن رقم ٥٥٢ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٨٨٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٧/١٢/٦)

رسوم إنذار التكليف بالوفاء :

الرسم المستحق على انذار التكليف بالوفاء. اعتباره
من المصاريف والنفقات الفعلية الواجبة الاداء لتوقي
الحكم بالاخلاء. اغفال الحكم دفاع المؤجرة في هذا
الشان. قصور.

(الطعن رقم ٤٩٩ لسنة ٥٠ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

رسوم التوثيق والشهر :

الحكم الصادر في التظلم من أمر تقدير الرسوم
للتكميلية المستحقة للشهر العقاري. عدم قابليته للطعن
متى فصل في المنازعة بشأن تقدير الرسوم متى رفعت
الدعوى وفق إجراءات صحيحة أمام محكمة مختصة.
فصله في منازعات أخرى أو كانت الدعوى قد رفعت بغير
الطريق القانوني. أثره. خضوعه للقواعد العامة في
الطعن. م ٢٦ ق ٧٠ لسنة ١٩٦٤.

(الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ من ٣٠ ع ٣ من ١٦٦)

رسوم النقل البحري :

منع التخفيض المنصوص عليه في المادة ١٩ من
قانون رسوم الارشاد رقم ٢٤ لسنة ١٩٨٣. مناطه.

قانون

سريان القانون :

سريان أحكام القانون الجديد . نطاقه . عدم جواز انسحاب القانون الجديد على ما يكون إنعقد قبل العمل به من تصرفات أو تحقق من أوضاع . خضوع العقد للقانون الذي أبرم في ظله . الاستثناء - صدور قانون جديد يتضمن أحكام متعلقة بالنظام العام . وجوب أعمالها على العقود السارية وقت العمل به بأثر فوري .

(الطعن رقم ١٠٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٨ س ٢٣ ع ٢ ص ٩٣٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١٧ س ٢٣ ع ١ ص ٢٥٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٧ س ٢٢ ص ٤٢٥)

١ - القواعد الموضوعية والاجرائية المتعلقة بتقدير الأجرة الواردة في القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اقتصار سريانها على الأماكن المرخص في إقامتها بعد العمل بأحكامه في ١٩٨١/٧/٣١ . مؤداه . القواعد الموضوعية بتقدير الأجرة في القوانين السابقة والقواعد الإجرائية المتعلقة بطرق الطعن في الأحكام الواردة في القانون ٤٩ لسنة ١١٧٧ . استمرار سريانها على الأماكن غير الخاضعة لأحكام تقدير الأجرة بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . عله ذلك .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

القوانين . سريان أحكامها من تاريخ نفاذها ما لم ينص على سريانها بأثر رجعي . الواقعة المنشئة للالتزام بالاكتتاب في سندات الاسكان كشرط للترخيص ببعض أنواع المباني - هي إصدار ترخيص البناء . الترخيص الصادر في ظل القانون ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ قبل تعديله بالقانونين ٢ لسنة ١٩٨٢ ، ٣٠ لسنة ١٩٨٣ . بقاؤه محكوما بهذا القانون .

(الطعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

القانون الواجب التطبيق

إحالة القانون إلى بيان محدد في قانون آخر . أثره . اعتباره جزءا من القانون الأول يسري بسريانه دون توقف على سريان القانون الآخر . الإحالة المطلقة . أثرها .

إطراح ما تمسكت به الطاعنة أمام محكمة الاستئناف من مستندات والاتفات عن مناقشتها وبحث دلالتها لبيان مدى توافر شروط منح التخفيض . قصور في التسبيب .

(الطعن رقم ٢٧١٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

- من -

صلح

توثيق المحكمة لعقد الصلح . شرطه . عدم مخالفته لنظام العام . م ٥٥١ مدني (مثال بشأن بيع الاجنبي)

(الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٦ س ٢٨ ص ١٢٠١)

استحقاق ربع الرسم على الدعوى عند الصلح فيها . شرطه . أن يتم في أول جلسة تكون الدعوى فيها صالحة للمضي في نظرها . الجلسة الأولى في معنى المادة ٢٠ من القانون رقم ٩٠ لسنة ١٩٤٤ بشأن الرسوم القضائية المضافة بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٦٤ والمادة ٧١ من قانون المرافعات . مناطها . بتمام الاعلان أو إعادة الاعلان حسب الاحوال .

(الطعن رقم ٤٥٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(الطعن رقم ٢٠٥٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٢/١١/١٥)

تصديق القاضي على الصلح . أساسه سلطته الولائية لا القضائية . مؤدى ذلك . ما حصل امامه من اتفاق وتوثيقه ليس له حجية الشيء المحكوم فيه وإن أعطى شكل الاحكام عند اثباته . م ١٠٣ مرافعات .

(الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ق

قانون - قرار إداري - قضاء مستعجل - قضاة قوة الأمر المقضي .

وجوب التقيد بما يطرا على القانون المحال إليه في هذه الحالة من تعديل أو تغيير .

(الطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ س ٢٣ ع ٢ ص ٢٢٥٠)

تفسير القانون

المباني السكنية ومباني الإسكان الإداري الواردة في المادة السادسة من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل . ماقيتها . ليس من بينهما المخازن . مؤدى ذلك .

عدم خضوع الأخيرة لشروط الاكتتاب في سندات الإسكان . علة ذلك . عدم اعتبار القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢ تفسيرا تشريعيًا لنص تلك المادة . إنما تعديل جديد نظم به من جديد الحالات التي يخضع فيها الترخيص بالبناء لشروط الاكتتاب في هذه المستندات (الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

النص العام المطلق . عدم جواز تخصيصه أو تقييده بدعوى الاستهداء بقصد المشرع منه . (مثال بشأن النص الخاص بالتجاوز عن تحصيل المبلغ المستحق على أصحاب المدارس الخاصة المجانية المعانة م ١ القرار الجمهوري ٥٢١ لسنة ١٩٧٠ .

(قرب نقض جلسة ٧٩/٦/١٦ س ٢٠ ص ٦٥٢)

(قرب نقض جلسة ٧٨/٣/١٦ س ٢٩ ص ٧٨١)

قرار إداري

الاختصاص المقرر لمجلس الوزراء في إصدار القرارات الإدارية والتنفيذية استنادًا للمادة ١٥٦ ج من الدستور انعقاده للمجلس دون رئيسه منفردًا واختلافه عن التفويض الممنوح لرئيس المجلس بنص المادة ٧٢ ق لسنة ١٩٧٧ مؤدى ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

القرار الإداري . طالب تأويله أو الغائه أو وقف تنفيذه . خروجه من الاختصاص الولائي للمحاكم العادية .

(الطعن رقم ٣٩٠ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ٧٨/٢/٢٢ س ٢٩ ص ٥٤٥)

دعوى الإلغاء . قبولها . شرطه . أن يكون القرار الإداري المطعون فيها قائمًا وقت رفعها . إقامتها قبل صدور ذلك القرار . أثره . عدم قبول الدعوى .

(الطلبان رقم ٧١ لسنة ٥٥ ق ٤٥ لسنة ٥٨ ق رجال القضاء جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

إخطار وزير العدل للطالب بأن الحركة القضائية لن تشمل بالترقية بسبب غير متعلق بتقارير الكفاية . ليس من قبيل القرارات الإدارية النهائية . مؤدى ذلك . عدم قبول طلب الغائه إلا من خلال مخاصمة القرار الجمهوري المتضمن تخطيه في الترقية .

(الطلبان رقم ٦٤ . ١١٤ لسنة ٥٦ ق رجال القضاء جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

قضاء مستعجل

الاختصاص المقرر للقاضي المستعجل بنظر الطلب الوقتي بمحو التأشير الهامشي في سجل المحررات واجبا الشهر المتضمنة الطعن في التصرفات موضوع تلك المحررات . لا يمنع من الالتجاء إلى محكمة الموضوع ثم ذات الصدد وللفضل في أصل الحق . المواد ١٣ ، ١٥ ، ١٨ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

قضاء

عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى إذا سبق له نظرها قاضيا وإلا كان حكمه باطلا . المادتان ٥/١٤٦ ، ١٤٧ مرافعات . تعلقه بالنظام العام . جواز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت عناصره مطروحة على محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/١١ س ٣٠ ع ٢ ص ١٠١)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٢٠ س ٣٠ ع ٢ ص ٧١٨)

عدم صلاحية القاضي لنظر الدعوى إذا سبق له نظرها قاضيا وإلا كان حكمه باطلا . المادتان ٥/١٤٦ ، ١٤٧ مرافعات . تعلقه بالنظام العام . جواز التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقض متى كانت عناصره مطروحة على

بحكمة الموضوع .

الطعون أرقام ١١٢ ، ١١٨ ، ١٢١ لسنة ٥٤ ق - جلسة (١٩٨٨/٣/٢)

(نقض جلسة ٧٩/٦/٢٠ س ٣٠ ع ٢ ص ٧١٨)

(الطعن رقم ٢٠٩٥ لسنة ٥٣ ق جلسة ٨٨/١/٢٠)

لمرفوع عن الحكم القطعي الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة أخرى في تلك الدعوى .

(الطعن رقم ٨٤١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/١٤ س ٢٢ ع ١ ص ٧٩٨)

مخاصمة القضاء :

الفصل في تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها . اقتصرار حق الطعن في الحكم الصادر في طلب الرد على طالب الرد دون القاضى المطلوب رده . علة ذلك . مثال في طعن بالنقض .

(الطعن رقم ٢٩٢٩ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

(نقض ٦٩/٢/٦ س ٢٠ ص ٢٦٣ ، ٧٨/١/٥ س ٢٩ ص ٩٦)

(الطعن رقم ٩٢١ لسنة ٤٦ ق جلسة ٨٥/١/٢٩)

(الطعن رقم ٤٩٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ٨٨/١/١٣)

رد القضاء :

الحكم الصادر في طلب رد قاضى محكمة الجنح والقاضى الجزئى للمحكمة المدنية . جواز استئنافه والطعن عليه بالنقض ، ولو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائيا . علة ذلك . ١/١٦٠ مرافعات .

(الطعن رقم ١٤٩٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

قضاء القاضى قبل الفصل نهائيا في طلب الرد . باطل . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٩٢٤ ، ٢٠٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

وقف الدعوى كآثر لتقدير طلب الرد . ترتبه على الطلب الأول فقط .

تقديم طلب رد آخر أثره جواز الوقف بناء على طلب أحد ذوى الشأن . إخطار باقى الخصوم فى الدعوى الأصلية بالجلسة المحددة لنظر طلب الرد . أثره سقوط حق من أخطر فى طلب الرد إذا لم يقرر به قبل إقفال باب المرافعة . المواد ١٥٧ ، ١٦٠ ، ١٦٠ مكرر من قانون المرافعات .

(الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

(نقض جلسة ٨٢/٦/٢٤ - الطعن ١٣٩ لسنة ٤٩ ق ، جلسة ٥٧/١١/١٥ الطعن ١٠٩ لسنة ٥٣ ق)

إجراءات نظر طلبات رد القضاء لها طبيعة خاصة . المواد ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١/١٦٠ من قانون المرافعات . جواز الطعن بالاستئناف من طالب الرد

حق المحكمة فى المرحلة الأولى من دعوى المخاصمة فى استعراض أسباب المخاصمة وأدلتها للحكم بقول المخاصمة أو بعدم قبولها . التعويض الذى يطالب به القاضى فى دعوى المخاصمة . للمحكمة القضاء به إن كان له وجه عند الحكم بعدم جواز المخاصمة . القضاء بالتعويض الذى يطالب به المخاصم . لا محل له إلا عند الفصل فى موضوع المخاصمة . المادتان ٤٩٦ ، ٤٤٩ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٥٦/١٢/٢٠ س ٧ ص ١٠٠١)

دعوى المخاصمة . الفصل فى تعلق أوجه المخاصمة بالدعوى وجواز قبولها . أساسه . ما يرد فى تقدير المخاصمة والأوراق المودعة معه . عدم جواز تقديم أوراق غيرها . المادتان ٤٩٥ ، ٤٩٦ مرافعات . مؤدى ذلك . طلب ضم أوراق وتحقيقات أخرى . مخالف للقانون ولا يتعلق به

حق لطالب المخاصمة .

(دعوى المخاصمة رقم ٢٩٨٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٢ س ٣٢ ع ١ ص ١٢٤٤ ، ٧٨/١/٢٤ س ٢٩ ص ٢٨٦)

الادعاء بتغيير القاضي أو عضو النيابة للحقيقة في حكم أو قرار . سبيله . مخاصمتها . م ١/٤٩٤ مرافعات . خضوع هذا الإدعاء للتنظيم الوارد بقانون - الإثبات . مؤداه . وجوب إبدائه أمام قاضي المحكمة المنظور أمامها دعوى المخاصمة دون غيرها . اختلاف هذا الادعاء عن دعوى التزوير الأصلية . ماهية كل منهما . عدم سلوك سبيل الادعاء بالتزوير في دعوى المخاصمة مانع من قبول دعوى التزوير الأصلية التي ترفع من بعد . علة ذلك (مثال) .

(الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم مسئولية القاضي عما يصدر عنه من تصرفات أثناء عمله . الاستثناء . مسئوليته إذا انحرف عن واجبات وظيفته أو أساء استعمالها . أحوال مساءلته عن التضمينات ورودها على سبيل الحصر . م ٤٩٤ مرافعات .

(الطعون أرقام ٢٢٢٠ ، ٢٢٧٩ ، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ٨٨/٦/٢٨)

(نقض جلسة ٦٢/٣/٢٩ س ١٣ ص ٣٦٠)

أحوال مخاصمة القاضي أو عضو النيابة . م ٤٩٤ مرافعات . الغش والتدليس والقدر والخطأ الجسيم . ماهية الخطأ الجسيم . وقوع القاضي في غلط قاضح أو إهمال مفرط ما كان ليساق إليه لو اهتم بواجباته الاهتمام العادي . تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير أقوال الشهود وما خلص إليه بعد إمعان النظر واجتهاد في الحل القانوني للمسألة المطروحة عليه . لا خطأ .

(الطعون أرقام ٢٢٢٠ ، ٢٢٧٩ ، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ٨٨/٦/٢٨)

(نقض جلسة ٦٢/٣/٢٩ ص ٣٦٠)

ترقية القضاء :

ترقية القضاة وأعضاء النيابة إلى رؤساء المحاكم

ورؤساء نيابة أساسها . الأقدمية مع الأهلية . المادتان ٤٩ ، ١٣٠ ق ١٩٧٢/٤٦ الأهلية الواجب توافرها للترقية . عناصرها . انتقاص أهلية القاضي أو عضو النيابة ومجانبيته للصفات التي تتطلبها طبيعة وظيفته اثره . للجهة الادارية نزولا على مقتضيات المصلد العامة ان تتخطاه في الترقية إلى من يليه .

(الطلبان رقما ٦٤ ، ١١٤ لسنة ٥٦ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

ثبوت أن الوقائع التي نسبت إلى الطالب لا تبلغ حدا من الجسامه يبرر تخطيه في الترقية . مؤداه . اعتبار قرار تخطيه في الترقية استنادا إلى تلك الوقائع معيبة باساء استعمال السلطة .

(الطلبان رقما ٧١ لسنة ٥٥ ق ، ٤ لسنة ٥٨ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

احتفاظ الوزارة للطالب بدرجة حتى يتم التصرف في الشكاوى المقدمة ضده . عدم افصاخ الوزارة عن نيته في مخالفة هذه القاعدة المقررة لمصلحة الطالب إلا عند إخطاره بقرار مجلس القضاء الأعلى بإقرار تخطيه في الترقية مؤداه . وجوب احتساب ميعاد الطعن على القراراد الجمهورية المتضمنة تخطيه في الترقية من تاريخ هذا الإخطار .

(الطلبان رقما ٧١ لسنة ٥٥ ق ، ٤ لسنة ٥٨ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

إعارة القضاء :

(١) القرار السلبي لجهة الادارة بامتناعها عن الموافقة على إعارة للقاضي . قرار إداري . جواز الطعن فيه أمام محكمة النقض .

(الطلب رقم ١١ لسنة ٥٨ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/٦)

(٢) إعارة القضاة إلى الحكومات الأجنبية والهيئات الدولية . متروك لجهة الادارة تمارسه في حدود المصلحة العامة . رفض جهة الادارة . إعارة الطالب اتباعا لقاعدة عامة مؤداهما وجوب ملاءمة العمل المطلوب الإعارة إليه مع وظيفته - مستهدفة بذلك المصلحة العامة . لا خطأ !

ترك العمل أو المهنة. ترك الطالب عمله بالمحاماة. مناطه. نقل اسمه إلى جدول المشتغلين. مؤدى ذلك تسوية حقه في المبلغ الشهري الاضافى من تاريخ هذا النقل. (الطلب رقم ٨٥ لسنة ٥٧ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٣)

قوة الأمر المقتضى

المنع من إعادة نظر النزاع فى المسألة المقتضى فيها. شرطه. (مثال)

(الطن رقم ٢٤٧٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٦)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١٨ س ٢٢ ص ١١٦٣)

اكتساب الحكم النهائى قوة الأمر المقتضى. شرطه. مالم تنظر فيه المحكمة بالفعل. لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يجوز قوة الأمر المقتضى.

(الطن رقم ١٦٦٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢١ س ٣٣ ص ١٦٠)

القضاء فى المسألة الأساسية الواحدة بين ذات الخصوم. اكتسابه قوة الأمر المقتضى.

(الطن رقم ١٩٥١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٢١ س ٣٠ ع ٢ ص ١٥٢)

المنع من إعادة النظر فى المسألة المقتضى فيها. شرطه. القضاء النهائى. اكتسابه قوة الأمر المقتضى. اثره. مالم تفصل فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم يجوز قوة الأمر المقتضى.

(الطن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)
(نقض جلسة ٨٢/١١/٢١ س ٣٣ ص ٩٧٧)

المنع من إعادة نظر النزاع فى المسألة المقتضى فيها. شرطه. أن تكون هذه المسألة أساسية ويكون الطرفان قد تناقشا فيها فى الدعوى الأولى واستقرت حقيقتها بينهما بالحكم الأول. وتكون هى بذاتها الأساس فيما يدعيه فى الدعوى الثانية أى من الطرفين قبل الآخر.

(الطنان رقما ٢٠١٧ لسنة ٥٤، ٢٥٦٤ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ٨٢/١/١٤ س ٣٣ ص ٦٠٧)

لا ينال من ذلك صدور قرارات مغايرة دعت إليها ظروف إصدارها.

(الطلب رقم ١١ لسنة ٥٨ رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/٦)

استقالة القضاء :

وزير العدل هو الرئيس الادارى المسئول عن اعمال وزارته وإدارتها وصاحب الضمة فى خصومة الطلب المتعلق بالقرار الذى أصدره بقبول استقالة الطالب. اختصاص رئيس الجمهورية ورئيس مجلس القضاء الأعلى ومساعد وزير العدل لشئون التفتيش القضائى. غير مقبول

(الطلب رقم ١٠ لسنة ٥٧ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)
(٢) الإكراه المبطل للرضا. تحققه بتهديد المتعاقد بخطر جسيم يحدق بالنفس أو المال أو باستعمال وسائل لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ويؤدى إلى قبول المتعاقد ما لا يقبله اختيارا.

(الطلب رقم ١٠ لسنة ٥٧ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)
(٣) تقدير الإكراه. مقتضاه. مراعاة جنس من وقع عليه الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية، وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامته الإكراه.

(الطلب رقم ١٠ لسنة ٥٧ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

معاش القضاء :

الوظائف القضائية التى تعادل درجة نائب الوزير وتعامل معاملته من حيث المعاش. ماهيتها. الوظائف الأرقى منها. عدم معادلتها بدرجة نائب الوزير أو معاملتها معاملته من حيث المعاش أيا بلغ مرتب من يشغلها. (الطلب رقم ١١ لسنة ٥٧ ق رجال القضاء - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

صندوق الخدمات الصحية الاجتماعية :

صندوق الخدمات الصحية والاجتماعية. وقف انتفاع عضو الهيئة القضائية السابق بخدماته إذا التحق بعمل أو مارس أية مهنة. عودة حقه فى الانتفاع بها من تاريخ

ذلك. اعتداد الحكم المطعون فيه بالحكم الصادر في ١٢/٢/١٩٥٦ دون الحكمين اللاحقين له في ١٩٧٤/٤/٧. إهدار لقوة الأمر المقضى.
(الطنن رقم ١٨٣٩ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

احكام ليس لها قوة الأمر المقضى :

القرار الصادر في منازعة إيجارية . لا يحوز قوة الأمر المقضى في دعوى الملكية التي يرفعها مدعى الملكية ضد المؤجر .

(الطنن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٥٤/١١/٢٥ س ٥ ص ١٦٥)

اثر قوة الأمر المقضى :

قوة الأمر المقضى . تسمو على اعتبارات النظام العام القضاء برفض الدفع بعدم الاختصاص . صيرورته نهائى بعدم استئنائه . عدم جواز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطنن رقم ١٥٢٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٣١ س ٣٣ ع ١ ص ٦٢٢)
قوة الأمر المقضى . أثرها . (مثال بشأن قسمة)
(الطنن رقم ٢١٣٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٦٤/٥/٢١ س ١٥ ع ٢ ص ٧١٦)

قوة الأمر المقضى مانعة للخصوم أنفسهم من العودة إلى المناقشة في المسألة التي فصل فيها الحكم ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها . لا يغير من ذلك أن يكون الفصل في تلك المسألة واردا في أسباب الحكم السابق . علة ذلك (مثال في ملكية) .

(الطنن رقم ١٧٤٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٤/١٤ س ٢٧ ع ١ ص ٩٥٧)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ س ٢٧ ع ١ ص ١٣٥٨)

الحكم الحائز لقوة الأمر المقضى . أثره . منع الخصوم في الدعوى التي صدر فيها من العودة إلى المناقشة في المسألة الأساسية التي فصل فيها بأي دعوى ثالية .

حجية الأمر المقضى . ورودها على منطوق الحكم وما ارتبط به من أسباب ارتباطا وثيقا . شرطها . وحدة المسألة في الدعويين . مالم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعا لحكم حائز لقوة الأمر المقضى . تضمين أسباب الحكم بعض قضائه دون النص على هذا القضاء في منطوقه لا عيب (مثال بشأن التطبيق للإيداء والتطبيق للفرقة)

(الطنن رقم ١٣٨ لسنة ٥٧ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

القضاء السابق في مسألة أساسية ، اكتسابه قوة الأمر المقضى مانع للخصوم من العودة للنزاع فيها في أية دعوى تالية ولو بأدلة قانونية أو واقعية لم يسبق إثارتها في الدعوى الأولى أو أثيرت ولم يبحثها الحكم الصادر فيها .

(الطنن رقم ١٤٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

احكام لها قوة الأمر المقضى :

الحكم نهائيا برفض التدخل الاختصاصى في دعوى صحة التعاقد لعدم توافر شروط اكتساب طالب التدخل ملكية العين المبيعة . حيازته قوة الأمر المقضى في دعواه التالية بطلب تثبيت ملكيته لذات العين لنفس السبب مع وحدة الظروف .

(الطنن رقم ١٣٠٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

قوة الأمر المقضى . امتدادها إلى الحكم بالتعويض الموقت .

(الطنن رقم ٢١٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

الحكم الذي يصدر ضد البائع متعلقا بالعقار المبيع يعتبر حجة على المشتري الذي سجل عقد شرائه بعد صدوره وذلك على أساس أن المشتري يعتبر ممثلا في شخص البائع له في تلك الدعوى المقامة ضده إذ أنه خلف خاص له :

(الطنن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

الحكم النهائى ثبوت الحجية له ولو خالف حكما سابقا أو بنى على قاعدة أخرى غير صحيحة في القانون . علة

(الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

مختاتمة

نيابة المحامي عن الخصم:

علاقة الخصوم بوكلائهم . عدم جواز تصدى المحكمة لها طالما لم ينكر صاحب الشأن وكالة وكيله . مباشرة المحامي للإجراء قبل صدور التوكيل ممن كلفه به . جائز ولو لم يكن ثابتاً قبل اتخاذ الاجراء . إجراءات الأخذ بالشفعة . لم يستلزم القانون لمباشرتها وكالة خاصة .

(الطعن رقم ٨٢٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٥/٧٩ س ٣٠ ص ٣٧٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٦ س ٢١ ص ٤١٣)

الدفع بأن محامي المستأنفين غير مقبول للمرافعة أمام الاستئناف . عدم جواز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/٢٨ س ٢٣ ع ١ ص ٤٣١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٥ س ٣٣ ع ٢ ص ٩٢٥)

توافر صفة الوكالة بالخصومة . استقلال محكمة الموضوع باستخلاصها من مستندات الدعوى وظروف الحال .

(الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

حق الموكل في عزل وكيله المحامي . وجوب عدم التعسف في استعماله . عزله له في وقت غير مناسب أو بلا مبرر مقبول . أثره . التزام الموكل بكامل الأتعاب المستحقة عند إتمام المهمة الموكلة إلى المحامي . المادتان ٧/٥ مدني و ١٢٠ ق المحاماه رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ م

(الطعن رقم ١١٣٣ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

تقديم محامي الشركة الطاعنة صورة رسمية من قرار التفويض الصادر من مجلس إدارة الشركة لرئيسها المتضمن التصريح له بتوكيل محام ذي مكتب خاص مباشرة الدعاوى بما فيها الطعن بالنقض ، اتفاقه ونص

م ١ ق ٤٧ لسنة ٧٣ . صدور هذا التفويض سابقاً على التقرير بالطعن . أثر ذلك .

(الطعن رقم ٧١٣ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٦/١٤ (الطعن ١٦٧٠ لسنة ٥٤ ق)

وجوب إيداع التوكيل الصادر من الطاعن إلى من وكل المحامي في الطعن بالنقض . عدم تقديم هذا التوكيل حتى حجز الطعن للحكم . أثره عدم القبول - لا يغير من ذلك الإشارة إلى رقمه في التوكيل الصادر إلى المحامي الذي رفع الطعن - علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٣١٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

واجبات المحامي:

حظر حضور المستشار السابق كمحام أمام المحاكم الابتدائية وما دونها . نطاقه . مخالفة ذلك . أثره . مخالفة مهنية لا تستتبع تجريد العمل الذي قام به من آثاره القانونية ولا تنال من صحته .

(الطعن رقم ٩١٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٩)

جزاء عدم إستئذان المحامي الموكل في رفع الطعن ضد زميل له رئيس النقابة الفرعية . ق ١٧ لسنة ١٩٨٣ . عدم تعلقه بالنظام العام .

(دعوى المخاصمة رقم ١٨٠٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

أتعاب المحامي:

أهمية الدعوى والجهد الذي بذله المحامي والنتيجة التي حققها . عناصر جوهرية تدخل في تقدير أتعابه . التزام الحكم باستظهارها عند القضاء بالأتعاب

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٨ س ٣٠ ص ٥١١)

اللجنة المختصة بنقابة المحامين بتقدير أتعاب المحامي . مناهة اختصاصها . عدم وجود اتفاق كتابي عليها . المادتان ٨٢ ، ٨٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ . التمسك بعدم اختصاصها لوجود اتفاق مكتوب . دفاع جوهرى . عدم الرد عليه وببحث دلالة

الاتفاق. قصور.

(الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٣١)

الحكم ببطلان قرار تقدير أتعاب المحامي لعييب في إجراءات إصداره. مؤداه. زوال الأثر المترتب على رفع دعوى التظلم من هذا القرار في قطع التقادم. عدم امتداد البطلان إلى طلب التقدير بقاءه منتجا أثره في قطع التقادم. أثر ذلك. عودة التقادم إلى السريان من تاريخ تقديم طلب التقدير.

(الطعن رقم ١٥٧١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(قرب نقض جلسة ١٩/١٠/٢١ س ٢٠ ص ١١٢٨)

(١٩٨٤/٤/١٨) الطعن رقم ٣٨٧ لسنة ٤٤ ق

محكمة الموضوع

سلطاتها في التكييف:

تكييف الدعوى

التزام قاضي الدعوى بإسباغ الوصف القانوني عليها دون التقيد بتكييف الخصوم لها في حدود سبب الدعوى. العبرة بحقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التي صيغت بها.

(الطعن رقم ٢١٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

(نقض ١٩٨١/٤/٢٢ س ٣٢ ص ١٢١٢)

(١٩٨٧/٣/٢٦ - الطعن رقم ٦٦٠ لسنة ٥٣ ق)

تكييف المدعى لدعواه. لا يقيد القاضي ولا يمنعه من بحث حقيقة الطلبات وإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح. (مثال: طلب الأجنبي تعيين الشقة المتعاقد عليها حتى يتسنى له اتخاذ إجراءات الحصول على موافقة مجلس الوزراء على تملكها. لا يتأدى منه وجوب إثبات تقدمه بهذا الطلب إلى مجلس الوزراء أو موافقة هذا المجلس عليه).

(الطعن رقم ٢٥٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

محكمة الموضوع. التزامها بإعطاء الدعوى وصفها الحق، وتكييفها القانوني الصحيح. عدم تقيدها بتكييف الخصوم لها.

(الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

(نقض جلسة ٨١/١/١ س ٣٢ ع ١ ص ٨٩)

إعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح. محكمة الموضوع مقيدة بالوقائع وبالطلبات المطروحة عليها.

(الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ٨١/٤/٢٢ س ٣٢ ص ١٢١٢)

التزام محكمة الموضوع بتكييف الدعوى تكييفها القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف الخصوم لها. مناطه حقيقة المقصود من الطلبات لا بالألفاظ التي صيغت بها.

(الطعن رقم ١٠٧٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

تكييف الفعل المؤسس عليه طلب التعويض:

تكييف محكمة الموضوع للفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ من عدمه. خضوعه لرقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٤١٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢١ س ٣٣ ص ١٦٠)

سلطاتها في التفسير:

تفسير المستندات المقدمة في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع بما لا يخرج عن عباراتها الواضحة.

(الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

سلطة محكمة الموضوع في تفسير المستندات والإقرارات والاتفاقات والمشارطات وسائر المحررات بما تراه أدنى إلى نية أصحاب الشأن فيها. شرطه. ألا تخرج عن المعنى الذي تحمله عباراتها وأن يكون ما انتهت إليه سائغا مقبولا.

(الطعن رقم ١٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٧ س ٣٣ ص ٦٨٧)

تحديد فهم الواقع في الدعوى وتفسير المحررات. من سلطة محكمة الموضوع. لارعاية لمحكمة النقض عليها طالما لم تخرج بالتفسير عن المعنى الذي تحمله عبارات.

المحرر.

(الطعن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

مسائل الواقع : وتقدير الأدلة :

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وما يقدم من أدلة . من شأن قاضى الموضوع مادام من شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي خلص إليها .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها . تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تؤدي إلى ما انتهت إليه .

(الطعن رقم ١٨٣١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٢٢ ص ٧٢٦)

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها . من سلطة محكمة الموضوع ما دامت أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٢٢ ص ٧٢٦)

لمحكمة الموضوع السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير ما يقدم إليها من أدلة واستخلاص ما تطمئن إليه منها متى كان استخلاصها سائغا وله أصل ثابت بالأوراق .

(الطعون أرقام ٣٠٤ ، ٦٥٢ ، ٧٩٢ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ س ١٠١٢)

فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها . استقلال محكمة الموضوع به متى أقامت قضاءها على أسباب تكفى لحمله .

(الطعن رقم ١٤٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ٨٢/٦/١٠ س ٢٢ ص ٧٢٦)

قاضى الموضوع . له السلطة في فهم الواقع في الدعوى . حسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها . لا عليه أن يتتبع الخصوم في مختلف أقوالهم وحججهم وطلباتهم

والرد استقلالا على كل منها مادام في قيام الحقيقة التي اقتنع بها وارد دليلها الرد الضمنى المسقط لتلك الأقوال والحجج والطلبات .

(الطعن رقم ٢٤٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٨ س ٢٢ ع ٢ ص ٤٥٨)

! محكمة الموضوع سلطة بحث وتقدير ما يقدم لها من دلائل ومستندات وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تراه متفقاً مع واقع الدعوى .

لمحكمة الموضوع سلطة بحث وتقدير ما يقدم لها من دلائل وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص نية المتعاقدين على التماسخ الضمنى وتحصيل فهم الواقع في الدعوى عدم التزامها بإجابته متى وجدت في أوراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/٢٥ س ٢٦ ص ١٣٠٢)

محكمة الموضوع . سلطتها في فهم الواقع وتقدير الأدلة في الدعوى . مناطها .

(الطعن رقم ١١٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٤ س ٢٢ ع ٢ ص ٢٢٨٢)

فهم الواقع وتقدير الأدلة في الدعوى . من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعان رقم ١٨٢٩ ، ١٨٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

(نقض ٨١/٦/٩ س ٢٢ ص ١٧٦١)

سلطة محكمة الموضوع في تقدير أدلة الدعوى واستخلاص الواقع منها . شرطه إفصاحها عن مصادر الأدلة التي كونت منها عقيدتها وفحواها ومأخذها من الأوراق ليكون تقديرها مؤدياً إلى النتيجة التي انتهت إليها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(الطعن رقم ٢٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

(نقض ١٩٨٧/١/١٤ - الطعن رقم ١٢٦١ لسنة ٥٢ ق)

ما تطمئن إليه منها دون رقابة عليه لمحكمة النقض في ذلك . متى أقام قضاءه على أسباب تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٢٢٨٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

فهم الواقع في الدعوى . من سلطة قاضي الموضوع . حسبه أن يبين الحقيقة التي اقتنع بها وأن يقيم قضاءه على أسباب سائغة تكفي لحمله . لا عليه إن لم يتتبع حجج الخصوم ويرد على كل منها استقلالا .

(الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

محكمة الموضوع . سلطتها في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه واستخلاص الحقيقة منها . متى كان استخلاصها سائغا .

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

المجادلة في تقدير الدليل . لا رقابة لمحكمة النقض فيه على محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٨٨/١٢/١١)

محكمة الموضوع . لها السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى واستخلاص ما تطمئن إليه فيه وتقدير الأدلة المطروحة وترجيح ما تأخذ به متى كان ذلك بأسباب سائغة من أصل ثابت في الأوراق وكافيه لحمل قضائه .

(الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٥٥ - جلسة ١٩٨٨/١٢/٣١)

لقاضي الموضوع سلطة بحث ما يقدم له من الدلائل والمستندات - وموازنة بعضها البعض وترجيح ما يطمئن إليه دون رقابة لمحكمة النقض متى كان استخلاصه سليما . مثال :

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ٨٨/١٢/٢٥)

(١) لمحكمة الموضوع السلطة التامة في استخلاص دلالة المستندات المقدمة في الدعوى متى كان استخلاصها سائغا وقائما على أسباب تكفي لحمله .

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها من سلطة محكمة الموضوع . متى كان سائغا له أصله الثابت

تقدير أدلة الدعوى واستخلاص الواقع منها . من سلطة محكمة الموضوع . شرط ذلك . إفصاحها عن مصادر الأدلة وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق ومؤديه إلى النتيجة التي خلصت إليها . غلة ذلك .

(الطعن رقم ٧٥٠ لسنة ٥٨ - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ٨٢/٦/٨ س ٣٣ ع ١ ص ٣٨٧)

سلطة محكمة الموضوع في استخلاص الحقيقة التي اقتنعت بها مادام استخلاصها سائغا وله أصل ثابت بالأوراق . عدم التزامها بتتبع الخصوم في كافة مناحي دفاعهم والرد استقلالا على كل قول أو حجة أثاروها أو دفاع لم يقدم دليله مادام في قيام الحقيقة الرد الضمني المسقط لتلك الحجج والأقوال .

(الطعن رقم ٣١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨ ٨/٦/٢٢)

(نقض ٥٦/٥/٣١ س ٧ ص ٦٢٢)

لمحكمة الموضوع السلطة التامة في فهم الواقع في الدعوى وفي تفسير المستندات وتقدير الأدلة والموازنة بينها وترجيح ما تطمئن إليه منها واستخلاص ما تراه متفقا مع الواقع .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٦/١١ س ١٩ ع ٢ ص ١١٤١)

فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاها على ما يكفي لحمله وله أصله الثابت بالأوراق . عدم التزامها بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق متى وجدت في الأوراق ما يكفي لتكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

تقدير أدلة الدعوى واستخلاص الواقع منها من سلطة محكمة الموضوع شرطه . إفصاحها عن مصادر الأدلة وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح من الأوراق . غلة ذلك .

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

قاضي المشروع له السلطة التامة في تحصيل فهم الواقع في الدعوى وبحث الدلائل والمستندات المقدمة تقديمها صحيحا وموازنة بعضها ببعض الآخر وترجيح

بالأوراق .

(نقض ٨١/٢/٣ س ٣٢ ص ٤١٥)

تقدير جسامه الخطأ من سلطة محكمة الموضوع . متى كان سائغا ومستمدا من عناصر الدعوى .

(الطعن أرقام ٢٢٢٠، ٢٢٧٩، ٢٢٨٣ لسنة ٥١ ق جلسة ٨٨/٦/٢٨)

توافر الصفة :

استخلاص توافر الصفة في الدعوى ، استقلال قاضي الموضوع به . حسبه بيان الحقيقة التي اقتنع بها وإقامة قضائه على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/١٥ س ٢٨ ص ٤٥٤)

التعسف في استعمال الحق :

التعسف في استعمال الحق . استقلال محكمة الموضوع بتقديره متى أبانت عناصره . (مثال)

(الطعن رقم ٩٨٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٧)

(بنقض جلسة ٨١/٤/٢٥ س ٣٢ ص ١٢٥٧)

في المسؤولية :

استخلاص الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . من سلطة محكمة الموضوع متى كان استخلاصها سائغا . عدم التزامها بتتبع الخصوم في شتى أقوالهم وحججهم .

(الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٦/٢٥ س ٣٢ ص ١٩٥٢)

الدفع بالصورية :

الدفع بالصورية . عدم التزام محكمة الموضوع بإجابة طلب تحقيقه متى وجدت في ظروف الدعوى ما يكفي لاقناعها بعدم جديته . حسبها أن تبين في حكمها الأسباب التي اعتمدت عليها في رفضه .

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/١٤ س ٣٢ ص ٧٤٣)

(٢) استقلال تدخل الشيء في إحداث الضرر من عدمه . واقع يستقل به قاضي الموضوع متى أقام قضاءه على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٧١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر . من سلطة محكمة الموضوع مادام استخلاصها سائغا وله مأخذه من الأوراق . الجدل في ذلك موضوعي .

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

الوفاء بالالتزام :

الوفاء بالالتزام . المجادلة فيه . من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع به متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة

(الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦ س ٣٢ ص ١٩٨٥)

مسائل الملكية :

تحصيل فهم الواقع في الدعوى وتقدير الأدلة فيها والتحقيق من استيفاء الحيافة للشروط التي يتطلبها القانون . من سلطة محكمة الموضوع . لا عليها إن أخذت ببليل دون آخر أو أغفلت الرد على دفاع لا يقوم على سند صحيح من القانون . طالما أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٨١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ س ٣٣ ص ٧٢٦)

وضع اليد المكسب للملكية بمضي المدة الطويلة .

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ س ٣٠ ع ٣ ص ٣٣٧)

استخلاص علاقة السببية بين الخطأ والضرر . من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغا ومستمدا من وقائع الدعوى .

(الطعن رقم ٢٠٤٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض ٨٢/١/٢١ س ٣٣ ص ١٦٠)

علاقة التبعية . استقلال محكمة الموضوع باستخلاصها متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ١٨٧٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

استقلال قاضي الموضوع باستخلاصه طالما كان سائفا
ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ١١٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س ٣٠ ص ٥٣٩)

استخلاص وضع اليد المكسب للملكية :

استقلال محكمة الموضوع به متى أقامت قضاءها على
أسباب سائفة . عدم التزامها بتعقب الخصوم في كافة
حججهم مادام في قيام الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت
دليلها الرد الضمني المسقط لإطراح هذه الحجج .

(الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س ٢٠ ع ٢ ص ٥٣٩)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١١/٢٨ الطعن ١٢٨ : لسنة ٥٤ ق)

وضع اليد المكسب للملكية بمضي المدة الطويلة
استقلال محكمة الموضوع باستخلاصه طالما كان سائفا
ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ س ٣٠ ص ٥٣٩)

تقدير توافر الشروط القانونية للحيازة من سلطة
محكمة الموضوع لها تقدير أدلة الدعوى والوقائع المؤدية
إلى كسب الملكية بمضي المدة الطويلة متى إعتد على
أسباب سائفة .

(الطعن رقم ٣٢٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

محكمة الموضوع ، سلطتها في تقدير الأدلة والوقائع
المؤدية إلى اكتساب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة .
شرطه . أن يكون حكمها مقاما على أسباب سائفة كافية
لحملة ومن شأنها أن تؤدي إلى النتيجة التي أنتهت إليها .

(الطعن رقم ٧٣٠ لسنة ٥٧ جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

التحقق من إستيفاء الحيازة للشروط القانونية وتقدير
توافر شروط وضع اليد المكسب للملكية بمضي المدة . من
سلطة محكمة الموضوع . متى أقامت قضاءها على أسباب
سائفة .

(الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

أدلة الصورية :

تقدير كفاية أدلة الصورية . إستقلال محكمة الموضوع
به . علة ذلك . تعلقه بفهم الواقع في الدعوى .

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

في مسائل الإثبات :

القرائن :

سلطة محكمة الموضوع في تقدير الأدلة وفهم القرائن .
شرطه . أن يكون استخلاصها سائفا وأن تؤدي الأسباب
التي أوردتها إلى ما انتهت إليه (مثال) .

(الطعن رقم ١٠٧٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/١٨ س ٢٦ ص ١٤٠)

لقاضي الموضوع السلطة المطلقة في إستنباط القرائن
التي يعتمد عليها في تكوين عقيدته . مؤدى ذلك . جواز
أن يعتمد على القرينة المستفادة من تحقيقات أجريت في
غيبية الخصوم أو من شهادة شاهد لم يؤد اليمين أو من
أي تحقيق قضائي ولو كان - إجراؤه باطلا . متى كان
استنباطه سائفا .

(الطعن رقم ١٤٠٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

الإقرار :

محكمة الموضوع لها السلطة في استخلاص ما تظمن
إليه متى كان سائفا لا يخالف الثابت بالأوراق . لها تجزئة
الإقرار غير القضائي أو اعتباره دليلا كاملا أو مبدا ثبوت
بالكتابة أو مجرد قرينة أو لا تأخذ به أصلا .

(الطعن رقم ١٧٦٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٣ س ٢٣ ع ٢ ص ١٢٢٩)

(نقض جلسة ١٩٦٢/١٢/١٩ س ١٤ ع ٣ ص ١١٨٧)

الإثبات بالكتابة :

تقدير ما إذا كانت الورقة تعتبر مبدا ثبوت بالكتابة من
عدمه . من سلطة محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها
على أسباب سائفة .

(الطعن رقم ١١٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

تقرير الخبير :

(نقض جلسة ١٩٧٥/٢/٣ س ٢٦ ص ٣١٩)

محكمة الموضوع . غير ملزمة برأى الخبير الذى ندبته . حسبها إقامة قضائها على أسباب سائغة .

(الطن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٤/١٢/٨١ س ٢٢ ع ٢ ص ٢٢٨٢)

محكمة الموضوع . سلطتها فى الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه . عدم إلزامها بالرد إستقلالاً على الطعون التى وجهت إليه . علة ذلك . النعى عليها فيما أوردته . جدل موضوعى . إنحسار رقابة محكمة النقض عنه .

(الطن رقم ٢١٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

إستناد الحكم فى استظهار الضرر الناتج من التعديلات التى أجراها الطاعن بالعين المؤجرة من معاينة خبير محكمة الدرجة الثانية وتقرير خبير مودع فى دعوى أخرى مرددة بين ذات الخصوم وقدم فى الدعوى الماثلة . لا يعيبه التفاته عن تقرير الخبير المنتدب من محكمة الدرجة الأولى . علة ذلك .

(الطن رقم ٦٢٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

إقتناع محكمة الموضوع بكفاية الأبحاث التى أجراها الخبير لسلامة الأسس التى بنى عليها رأيه . استخلاصها كسب المطعون عليهم ومورثهم من قبلهم ملكية الحصة الشائعة موضوع النزاع بمضى المدة الطويلة إستناداً إلى أسباب سائغة كافية لحمل قضائها . لا عليها إن لم ترد على المستندات المقدمة من الطاعن علة ذلك . جدل موضوعى .

(الطن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ٨٨/٢/٢٥)

تقدير أقوال الشهود :

١ - محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير أقوال الشهود . لها الأخذ ببعض أقوالهم دون البعض الآخر وبأقوال واحد أو أكثر دون غيرهم . عدم إلزامها ببيان أسباب ترجيحها شهادة على أخرى .

(الطن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢)

تقدير أقوال الشهود . وترجيح شهادة شاهد على آخر

محكمة الموضوع . سلطتها فى تقدير الأدلة وكفايتها . أمرطه . لمحكمة الموضوع الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه . عدم إلزامها بالرد إستقلالاً على ما وجه إليه من طعون أو بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق متى رأت فيه ما يكفى لتكوين عقيدتها .

(الطن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٤/١٢/١٩٨٢ س ٢٣ ص ١١٦٣)

طلب الإحالة على التحقيق أو ندب خبير آخر أو وقف عوى للنزاع فى الملك . عدم إلزام محكمة الموضوع بإجابته متى وجدت فى تقرير الخبير السابق ندبه وفى وراق الدعوى ما يكفى لتكوين عقيدتها وتبينت عدم جدية النزاع على الملك فى دعوى الحساب عن الربع .

(الطن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٦ س ٢٣ ص ٦٧٠)

حق قاضى الموضوع فى الاستعانة بالخبراء فى المسائل الفنية . له السلطة فى فهم الواقع فى الدعوى . وجوب بحث الدفاع الجوهرى للخصوم وإسباغ التكيف الصحيح على الدعوى .

(الطن رقم ١٧٦٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١/٣ - الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥١ ق)

نقض جلسة ١٩٨٥/٣/١٠ - الطعن رقم ٤٨٧ لسنة ٥١ ق)

محكمة الموضوع الأخذ بتقرير الخبير متى اقتنعت بصحة أسبابه عدم إلزامها بالرد إستقلالاً على ما وجه إليه من طعون أو ما ساقه الخصوم من حجج وقرائن أو بإجابة طلب الإحالة إلى التحقيق متى رأت فيه ما يكفى لتكوين عقيدتها وأقامت حكمها على أسباب كافية لحمله .

(الطن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ٨٢/١٢/١٤ س ٢٢ ص ١١٥٣)

عدم تقيد محكمة الموضوع برأى الخبير المنتدب فى الدعوى باعتباره عنصراً من عناصر الإثبات التى تخضع لتقديرها . حسبها إقامة قضائها على ما ترى استخلاصه منها بأسباب سائغة .

(الطن رقم ١٩٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

جوهري قد يترتب على ثبوته تغيير وجه الرأي في الدعوى.

(الطعن رقم ٧٩٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٢)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٥ س ٢٣ ع ٢ ص ١١١٦)

التصدي للدفع المتعلقة بالنظام العام:

الدفع بعدم قبول الدعوى لرفعها بغير الطريق القانوني. تعلقه بالنظام العام. أثره. للمحكمة التصدي له من تلقاء نفسها ويجوز للخصم التمسك به في مرحلة من مراحل الدعوى.

(الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

موطن

الموطن الذي يحسب على أساسه ميعاد المسافة لخمسين كيلو مترا يبعد بها عن مقر المحكمة. م ١٦ مرافعات. مناطه. المكان الذي اتخذهُ الأصيل موطناً له اتخاذهُ موطناً مختاراً في دائرة المحكمة. لا أثر له.

(الطعن رقم ٢٣٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٩)
(نقض جلسة ١٩٥٦/١١/١٨ س ٧ ص ٨٨٥)

موطن مالك السفينة:

الوكيل الملاحي للسفينة الأجنبية التي تباشر نشاط تجارياً في مصر. اعتبار مقره موطناً لمالك السفينة.

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ١٨١٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٦/٣/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ س ٣١ ص ٢٨٨، قرب نقض ١٩٨٥/٢/٤ الطعن ٨٧٠ لسنة ٨٧٠ لسنة ٤١ ق.)

ن

نقض

- إجراءات الطعن

١ - ميعاد الطعن:-

المحكوم عليه الذي فوت ميعاد الطعن أو قبل الإيد

من سلطة محكمة الموضوع دون معقب. شرطه.

(الطعن رقم ٨٦٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

سلطة محكمة الموضوع في تقدير أقوال الشهود. شرطه أن تقيم قضاها على أسباب سائغة تؤدي إلى النتيجة التي انتهت إليها.

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٨٨/١٢/١١)

تقدير أقوال الشهود واستخلاص الواقع منها. استقلال محكمة الموضوع به طالما كان سائفاً. لها أن تبحث ما يقدم لها من مستندات وتأخذ بما تراه.

(الطعن رقم ١٨٦٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض جلسة ٨٢/١٢/٣٠ س ٢٣ ص ١٢٦٤)

التزام محكمة الموضوع بالرد على دفاع الخصوم:

الدفاع الجوهري الذي تلتزم المحكمة بالرد عليه. ماهيته.

١ الطعن رقم ١٨٥٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧

(الطعن رقم ١٧٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)
(نقض جلسة ٧٩/٥/١٧ س ٢٠ ع ٢ ص ٢٧٢)

الدفاع الذي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه. ماهيته. الدفاع الجوهري الذي يقدم الخصم دليلاً أو يطلب تمكينه من إثباته. عدم التزام محكمة الموضوع بتعقب حجج الخصوم وأوجه دفاعهم طالما قد بينت الحقيقة التي اقتنعت بها وأوردت دليلاً.

(الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٦ س ٣٣ ص ٤٩٣)

الدفاع الذي تلتزم محكمة الموضوع بالرد عليه. ماهيته. الدفاع الجوهري الذي يقدم الخصم دليلاً أو يطلب تمكينه من إثباته.

(الطعن رقم ٢٢١٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٦ س ٢٣ ع ١ ص ٤٩٣)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٣/١٦ - الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ ق)

محكمة الموضوع. التزامها بتمحيص كل دفاع

(النقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ س. ١ ع ٣ ص ٢٣٨)

عدم تقديم المحامي التوكيل الصادر من الطاعنين الى وكيلهم الذي وكله في رفع الطعن حتى حجزه للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦ س ٢٣ ع ٢ ص ٨٥٢)

عدم تقديم المحامي التوكيل الصادر من الطاعن الى وكيله الذي وكله في رفع الطعن حتى حجزه للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٠/٢٦ س ٢٣ ع ٢ ص ٨٥٢)

وجوب ايداع سند وكالة المحامي الذي وقع صحيفة الطعن بالنقض ملف الطعن. لا يغني عن ذلك مجرد ذكر رقمه او تقديم صورة منه. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٠٠٤ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٧ - الطعن رقم ٦٢٨ لسنة ٥٠ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٦/٢/٣١ - الطعن رقم ٢٠١٤ لسنة ٥٠ ق)

عدم تقديم المحامي الموكل في الطعن سند وكالته عن الطاعن حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم قبول الطعن عدم كفاية ذكر رقم التوكيل في صحيفة الطعن او الاشارة الى ايداعه في طعن آخر. م ٢٥٥ مرافعات.

(الطعن رقم ١٧٧٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١/٢٤ س ٢٠ ع ١ ص ٢٣٨)

عدم تقديم المحامي المقرر بالطعن بالنقض سند وكالته عن الطاعن حتى تمام المرافعة. اثره. بطلان الطعن لرفعه من غير ذي صفة. لا يغير من ذلك الاشارة الى ايداع التوكيل في طعن آخر او تقديم صورته الفوتوغرافية.

(الطعن رقم ٢٧٦٨ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

عدم تقديم المحامي المقرر بالطعن بالنقض سند وكالته عن الطاعن حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم

الصادر في موضوع غير قابل للتجزئة او في التزام بالتضامن او في دعوى يوجب القانون فيها اختصاص أشخاص معينين. له ان يطعن فيه اثناء نظر الطعن المقام من أحد زملائه. قعوده عن ذلك. يوجب على محكمة الطعن تكليف الطاعن باختصامه.

(الطعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦ - الطعن رقم ٣٠٠/٤٠٩ لسنة ٥٦ ق امانة عامة)

للطاعن المقيم بالخارج. إضافة ميعاد مسافه قدره ستون يوما إلى ميعاد الستين يوما المقررة للطعن بالنقض.

(الطعن رقم ١٩٢٥ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

٢ - التوكيل في الطعن :

عدم تقديم المحامي التوكيل الصادر من الطاعن لمن وكله في رفع الطعن حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. لا يغني عن ذلك ذكر رقم التوكيل. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢١)

عدم تقديم المحامي رافع الطعن التوكيل الصادر من رئيس مجلس ادارة الشركة الطاعنة الى الموظف الذي وكله حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. ذكر رقم التوكيل. لا يغني عن تقديمه.

(الطعن رقم ١٨٥٧ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

شمول التوكيل نيابة الوكيل عن الطاعن امام جميع المحاكم على اختلاف انواعها ودرجاتها. اتساعه لمباشرة القضايا امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٥٢٩ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٣١ س ٢١ ع ٢ ص ١٦٢٨)

عدم تقديم المحامي الموكل في الطعن سند وكالته عن الطاعن حتى حجز الطعن للحكم. اثره. عدم قبول الطعن. عدم كفاية ذكر رقم التوكيل في صحيفة الطعن او الاشارة الى ايداعه في طعن آخر. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٧٧٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(دعوى المخاصمة رقم ١٨٠٣ لسنة ٥٨ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

- الصفة في الطعن :

عدم قبول الطعن بالنقض الا ممن كان طرفا في الخصومة وبذات صفته . صدور الحكم ضد الطاعن الاول بصفته وليا طبيعيا . اقامة الطعن بالنقض منه بصفته الشخصية وبصفته وليا طبيعيا . اثره . عدم قبوله منه بصفته الشخصية .

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/١٨ س ٣١ ص ١٩١٠)

الاختصاص في الطعن بالنقض . اقتصاده على من كان مختصا في الدعوى وقت صدور الحكم الصادر فيها وبذات الصفة .

(الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق- جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٢ - الطعن رقم ٩٧ لسنة ٥٣ ق)

رئيس مجلس ادارة الشركة صاحب الصفة في تمثيلها امام القضاء . الخطأ في بيان شخص الممثل القانوني للشركة لا يحول دون اعتبار الشركة هي المعنية بالطعن . شرطه .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

الخصومة في الطعن بالنقض . عدم قبولها ممن لم يكن خصما في الحكم المطعون فيه .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

عدم ايداع الطاعن مع التوكيل وحتى نظر الطعن مايدل على صفته كوارث للمحكوم عليها . اثره . عدم قبول الطعن .

(الطعن رقم ٣٤٤ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

المصلحة في الطعن

تعيب الطاعن الحكم لاغفاله طلب لم يقدم منه غير مقبول . علة ذلك . ليس له التمسك في سبب النعي بدفاع لا مصلحة له فيه .

(الطعن رقم ٩١٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٧)

قبول الطعن لرفعه من غير ذي صفة . م ٢٥٥ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٤٦٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

٣ - صحيفة الطعن :

رفع الطعن بالنقض . شرطه . توقيع صحيفته من محام مقبول امام محكمة النقض . التوكيل في الطعن بالنقض . كفاية صدوره من اي شخص تتسع وكالته عن ذوى الشأن لتوكيل محامين للطعن بالنقض .

(الطعن رقم ١٩٢٤ ، ٢٠٧٨ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

وجوب اشتغال صحيفة الطعن بالنقض على بيانات الخصوم وصفاتهم وموطنهم . م ٢٥٣ مرافعات . مقصوده . صفة الطاعن التي صدر بها الحكم المطعون فيه . كفاية ورودها في أي موضع من صحيفة الطعن .

(الطعن رقم ١٩٢٤ ، ٢٠٧٨ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

(الطعن رقم ١١٣٢ لسنة ٥١ ق- جلسة ١٩٨٥/١/٣١)

اسباب الطعن . العبرة فيها بما جاء بصحيفة الطعن وحدها وجوب اشتغالها على اسباب الطعن وتعرفه تعريفا واضحا كاشفا عن المقصود منها كاشفا وافيا نافيا عنها الغموض والجهالة . م ٢٥٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

٤ - اعلان صحيفة الطعن :

عدم مراعاة ميعاد اعلان صحيفة الطعن بالنقض . لا بطلان . م ٢٥٦ مرافعات :

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٧ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٢ س ٢٠ ص ٤٦١)

تقديم المذكرات والمستندات

تقديم الخصوم في الطعن بالنقض مذكرات ومستندات وسيلته . الايداع في خلال الاجال المجددة لكل منهم . المادتان ٢٥٨ ، ٢٦٢ . مرافعات . الإستثناء . م ٢٦٧ مرافعات . مايرد بالمذكرات غير المقبولة من دفاع أو دفع - اثره . إعتباره غير مطروح على المحكمة عند نظر الطعن .

(نقض جلسة ١٢/٥/١٩٧٥ س ٢٦ ص ٩٦٧)

(نقض جلسة ١١/١٢/١٩٧٤ س ٢٥ ص ١٤١٧)

انتقاء مصلحة الطاعن في النعي على الحكم بالخطأ الذي لم يضر به بل بخصم آخر لا صفة له في تمثيله. نعي غير مقبول.

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٣/٣/١٩٨٨)

المصلحة في الطعن بالنقض. مناطها. ان يكون الحكم المطعون فيه قد أضر بالطاعن. العبرة بوقف صدور الحكم. م ٣ قانون المرافعات (مثال بصدد توافر مصلحة الطاعن في الطعن على حكم صادر ضده).

(الطعن رقم ١٣٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٦/٥/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٣٠/٣/٧٧ س ٢٨ ص ٥٦٨)

. قضاء الحكم المطعون فيه بعدم قبول الدعوى قبل الطاعنين بصفتيهما أثره. عدم قبول طعنهما فيه لا نعدام المصلحة.

(الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٩/٥/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٢٣/١٢/١٩٨٠ س ٣١ ع ٢ ص ٢١١٢)

(نقض جلسة ٧/٦/١٩٨٢ س ٢٣ ع ٢ ص ٦٧٧)

النعي الذي لا يحقق للطاعن سوى مصلحة نظرية محققه. غير مقبول.

(الطعن رقم ١١٣٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٦/١١/١٩٨٨)

الخصوم في الطعن

الطاعن بالنقض. وجوب أن يكون طرفاً في الحكم المطعون فيه. اختصاصه أمام محكمة أول درجة فقط. غير كاف.

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ٣١/١/١٩٨٨)

قبول الخصم للحكم الابتدائي وعدم استئنافه له. تأييده في الاستئناف المرفوع من غيره. أثره. طعنه عليه بالنقض. غير مقبول.

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٣/٤/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٢٣/١٢/١٩٦٩ س ٢٠ ص ١٢٩٦)

(نقض جلسة ١٩/٥/١٩٨٣ - الطاعن ٨٠٤ لسنة ٤٩ ق)

الاختصاص في الطعن بالنقض. مناطه.

(الطعن رقم ١١٤٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١/٦/١٩٨٨)

(نقض ٢٥/١١/٨٠ س ٣١ ص ١٩٤٦)

الاختصاص في الطعن. شرطه م ٢١١ مرافعات.

(الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٣/١١/١٩٨٨)

(نقض ٢٨/١٢/٨١ س ٣٢ ص ٢٤٤٧)

(نقض ٢٣/١١/٨١ س ٣٢ ص ٢٠٨٠)

الطعن بالنقض لا يتسع لغير الخصوم فيه. مؤدى ذلك. عدم قبول ما يثار بالنسبة لمن لم تختصم فيه.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٣/١١/١٩٨٨)

الخصم الذي لم ينازع خصمه في طلباته ولم يقض له أو عليه. عدم قبول اختصاصه في الطعن بالنقض.

(الطعن رقم ٨٨٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١/١٢/١٩٨٨)

نطاق الطعن

لاتثريب على الطاعن إن هو وجه أسباب طعنه إلى حكم سابق صدوره في الخصومة دون الحكم المنهى للخصومة كلها. علة ذلك.

(الطعن رقم ١١٩٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ٢٠/٤/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٢٨/٦/١٩٧٦ س ٢٧ ص ١٤٣٢)

الأحكام الجائز الطعن فيها بالنقض:

اقامة المطعون ضدهما دعويين بطلب أخذ عقار النزاع بالشفعة. قضاء المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية - في تاريخ واحد بعد ضمهما - في أحدهما بتأييد الحكم الصادر بسقوط حقهما في الاخذ بالشفعة وفي الثانية بحقهما في الاخذ بالشفعة. خطأ لعدم التزامها بحجية الحكم النهائي الأول. جواز الطعن عليه بالنقض. م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٠٥٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٧/١/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٢١/٤/١٩٨٠ س ٣١ ع ١ ص ١١٥٤)

جواز الطعن بالنقض في الحكم استثناءً وفقاً للمادة ٢٤٩ مرافعات. شرطه. أن يكون انتهائياً منهيًا للخصومة

(الطعن رقم ١٤٦٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

جواز الطعن بالنقض في أي حكم إنتهائي. شرطه صدوره على خلاف حكم سابق صادر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٢٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

جواز الطعن بالنقض استثناء في أي حكم إنتهائي ابا كانت المحكمة التي أصدرته. شرطه. أن يكون هناك حكم سبق أن صدر في النزاع ذاته بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. لا يغير من ذلك ان تكون المسألة المقضى فيها مسألة كلية شاملة أو مسألة أصلية اساسية. المادتان ٢٤٨، ٢٤٩ من قانون المرافعات.

(الطعن رقم ٢٧٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

الأحكام غير الجائز الطعن فيها بالنقض:

عدم جواز الطعن بالنقض في الحكم الصادر من المحكمة الابتدائية بهيئة استئنافية الا اذا كان قد فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ٩٦٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ س ٣٢ ع ١ ص ١٦٢١)

الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في المنازعات المتعلقة بتحديد القيمة الاجارية. عدم جواز الطعن عليها بأي وجه من أوجه الطعن. المادتان ١٨، ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧. اقامة الدعوى قبل العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١. اثره. عدم خضوعها لحكم المادة الخامسة منه. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٠٦٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

عدم جواز الطعن في الأحكام الصادرة أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها الا بعد صدور الحكم المنهى لها. الخصومة التي ينظر الى انتهائها. ماهيتها. م ٢١٢ مرافعات (مثال بشأن الادعاء بالتزوير).

(الطعن رقم ١٠٥، ١٠٨ لسنة ٥٧ ق - احوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

كلها في ضوء المادة ٢١٢ مرافعات. لا محل للقياس على الاحكام الجائز الطعن فيها استثناء. علة ذلك.

(الطعن رقم ١٠١٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ٧٥/٢/٨ س ٢٦ ص ٣٥٣، ٢٠/٤/٨٠ ش ٣١ ص ١٢٩٦)

(نقض جلسة ٧٨/٣/١٤ س ٢٩ ص ٧٣١)

قضاء محكمة الاستئناف بعدم اختصاصها بنظر الاستئناف والاحالة الى المحكمة الابتدائية بهيئته استئنافية. قضاء منه للخصومه كلها بصدد الاختصاص. جواز الطعن عليه بالنقض.

(الطعن رقم ٤٣٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

القضاء بحل الشركة وتعيين مصف لها. قضاء منه للخصومة. جواز الطعن فيه بالنقض طالما لم تطلب اعتماد نتيجة التصفية او الحكم لها بنصيبها فيها.

(الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

جواز الطعن بالنقض في أي حكم إنتهائي فصل في نزاع خلافا لحكم آخر سبق صدوره بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. (مثال تعويض عن ذات الأضرار مرة أخرى)

(الطعن رقم ٧٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٢)

جواز الطعن بالنقض في الحكم الانتهائي الصادر على خلاف حكم سابق صدر بين الخصوم انفسهم في ذات النزاع وحاز قوة الأمر المقضى ولو لم يدفع بذلك أمام محكمة الموضوع. سواء كانت عناصره الواقعية تحت نظر المحكمة من عدمه، علة ذلك م ٢٤٩ مرافعات.

(الطعن رقم ١٠٩٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ س ٣١ ع ١ ص ١١٥٤)

إقتصار الطعن بالنقض على الأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف. الإستثناء. إجازة الطعن بالنقض في أي حكم إنتهائي صدر خلافاً لحكم آخر سبق أن صدر بين الخصوم انفسهم وحاز قوة الأمر المقضى. مادتان ٢٤٨، ٢٤٩ مرافعات. مثال:

(١٩٨٨/١٢/٦)

الاستثناء . م ٢١٢ مرافعات . الخصومة . مقصودها .

(الطعن رقم ١٣٠٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٣/٢/٨٤ س ٣١ ص ٢١٩٥)

الاحكام التي تصدر أثناء سير الخصومة . عدم جواز الطعن عليها استقلالاً الاستثناء الحالات التي أوردها المشرع على سبيل الحصر . م ٢١٢ مرافعات الخصومة التي ينظر الى انتهائها ماهيتها . مثال :

(الطعن رقم ٧٦١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

- حالات الطعن :

الطعن بالنقض المبني على تناقض حكمين انتهائيين . شرطه . ان يكون الحكم المطعون فيه قد ناقض قضاء سابقاً حاز قوة الأمر المقضي ، فصل في النزاع ذاته بين الخصوم . اكتساب الاحكام المستعجلة قوة الأمر المقضي . مناطه . عدم تغيير مركز الخصوم والوقائع المادية وظروف الدعوى . مثال : بشأن الحكم ببطلان الاعلان في ذات الموطن المعلن فيه الطاعن .

(الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

(نقض جلسة ١٢/١/٧٢ س ٢٤ ص ١١٩٨)

(نقض جلسة ٢٠/٢/١٩٨٠ س ٣١ ص ٥٦٤)

الطعن بالنقض المبني على تناقض حكمين انتهائيين . شرطه . مناقضة الحكم المطعون فيه لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضي . م ٢٤٩ مرافعات .

(الطعن رقم ١٥٥٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض ١/١/١٩٨١ س ٣٢ ع ١ ص ٩٧)

الطعن بالنقض المبني على تناقض حكمين انتهائيين . شرطه . مناقضة الحكم المطعون فيه لقضاء سابق حاز قوة الأمر المقضي . م ٢٤٩ مرافعات .

(الطعن رقم ١٩٦١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٤)

(نقض جلسة ١/١/١٩٨١ س ٣٢ ع ١ ص ٩٧)

٢ - الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في المنازعات المتعلقة بتحديد القيمة الاجارية . عدم جواز

اجراءات نظر طلبات رد القضاء لها . طبيعة خاصة . لمواد ١٥٣ ، ١٥٤ ، ١٥٥ ، ١٥٦ ، ١٥٧ ، ١٦٠/١ من قانون المرافعات . جواز الطعن بالاستئناف من طالب الرد لو كان موضوع الدعوى مما يحكم فيه نهائياً . مؤدى ذلك . اقتصار حق الطعن في الحكم الصادر في طلب الرد على طالب الرد دون القاضى المطلوب رده . علة ذلك . بمثال في طعن بالنقض .

(الطعن رقم ٢٩٢٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

الاحكام غير الجائز الطعن عليها استقلالاً :

عدم جواز الطعن استقلالاً في الاحكام الصادرة أثناء سير الدعوى ولا تنتهي بها الخصومة كلها . م ٢١٢ مرافعات . القضاء بجواز قبول التماس اعادة النظر وبالغاء الحكم الملتمس فيه واعادة التماس للمرافعة في موضوع الاستئناف . حكم غير منه للخصومة . عدم جواز الطعن فيه بالنقض استقلالاً . صدور الحكم المنهى للخصومة كلها في تاريخ لاحق لرفع الطعن بالنقض . لا اثر له . تعلق ذلك بالنظام العام .

(الطعن رقم ٢٠٧٦ لسنة ٥٣ ق . ٧٦٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٨٨/٢/٣)

القضاء بالغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من وقف طلب التعويض واعادة هذا الطلب الى محكمة اول درجة للفصل فيه . ليس من الاحكام المنهية للخصومة أو المستثناءة . اثره . عدم جواز الطعن فيه بالنقض استقلالاً .

(الطعن رقم ٧٨٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ٢٨/٢/٨٣ س ٣٤ ص ٦٠٤)

عدم جواز الطعن على استقلال في الاحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها . الاستثناء . م ٢١٢ مرافعات .

(الطعن رقم ٥٠٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٦)

(نقض جلسة ١٣/٢/١٩٨٤ س ٣١ ع ٢ ص ٢١٩٥)

عدم جواز الطعن على استقلال في الاحكام الصادرة أثناء سير الخصومة قبل الحكم الختامي المنهى لها .

اثارته .

(الطعن رقم ١٩٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)
(الطعن رقم ١٧٣٣ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٤/٣/٢٠)
(نقض جلسة ١٩٨٦/١٢/٢٢ - س ٢٣ ع ٢ ص ١٣٠١)
(نقض جلسة ١٩٧٤/١١/٢٥ - س ٢٥ ص ١٢٧٤)
(نقض جلسة ١٩٦٤/١/١٩ - س ١٥ ص ٥٣)

الاقرار القضائية . ماهيته . م ١٠٣ اثبات . لمح
الموضوع تحصيل توافر الاركان اللازمة لاعتبار الاثر
الصادر من الخصم اقراراً قضائياً . عدم جواز اثارته لار
مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ٨٢/٦/٢١ - س ٢٣ ص ٧٩٥)

ورود النعي على اسباب الحكم الابتدائي دون التمسك
به امام محكمة الاستئناف - سبب جديد . عدم جواز
اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٠ - س ٢٨ ع ١ ص ١٠١٢)

عدم جواز التمسك امام محكمة النقض بسبب لم يسب
ابداؤه امام محكمة الموضوع بصفة جازمه ولو كان سب
قانونياً يخالطه واقع مالم يكن متعلقاً بالنظام العام .

(الطعن رقم ١٠٠٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٨)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/١٥ - س ٢٣ ع ٢ ص ٩٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ - س ٤٣٣ ع ٢ ص ٩٧٧)

سبب جديد يخالطه واقع . عدم جواز اثارته لأول مر
امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)
(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٠ - س ٢٢ ص ١٤١٤)

دفاع جديد لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع ا
مجادلة موضوعية في سلطتها في تقدير الادلة . عد
جواز اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٤٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض جلسة ٨١/٥/١٩ - س ٢٢ ع ٢ ص ١٥٣٨ ، ١١/٢٦)
س ٢٢ ع ٢ ص ٢١٦٢)

دفاع يقوم على واقع لم يسبق التمسك به امام محكم

الطعن عليها باى وجه من اوجه الطعن . المادتان ١٨ ،
٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اقامة الدعوى في ظل العمل
بالقانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اثره . سريان القواعد
الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن المقرر عليها ولو صدر
الحكم بعد العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . عله ذلك .

(الطعن رقم ٣٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

اسباب الطعن :

السبب الجديد :

بطلان الاجراءات المبني على اختصاص ناقض الاهلية .
غير متعلق بالنظام العام . اثره . عدم جواز تمسك الوصية
الطاعنة بهذا الدفاع لأول مرة امام محكمة النقض . علة
ذلك .

(الطعن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)
(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٤ - س ٢٣ ص ٦٢)

بطلان الاجراءات المبني على انتفاء صفة أحد
الخصوم في الدعوى . عدم تعلقه بالنظام العام . عدم
جواز التحدي به لأول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٣١)
(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/٢٦ - س ٢٥ ص ٥٦٦)

النعي بعدم جواز الاحتجاج بالصورة الضوئية لمستند
في الدعوى . عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة
النقض .

(الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢١ - س ٢١ ص ١١٦٥)

النعي على عقدي البيع المشار اليها بسبب النعي بعدم
صلاحيتها للمضاماة . دفاع يخالطه واقع لم يسبق طرحه
على محكمة الموضوع . عدم جواز اثارته لأول مرة امام
محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢٢٨٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/٢٠ - س ٢١ ص ١٩٢٣)

سبب الدعوى في معنى المادة ٤١ مرافعات . ماهيته .
تغييره لأول مرة امام محكمة النقض . سبب جديد لاتجوز

الموضوع . عدم جواز التحدي به لأول مرة أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٦)
(نقض جلسة ١٩٨٨/٢/٢٦ س ٨١/٢٢ ص ٣٢ ص ٦٧٧)

اقامة الحكم قضاءه على أسباب سائغة كافية لحمله . المنازعة في ذلك . مجادلة في تقدير الدليل . عدم جواز اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٢١٠٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢)

ورود النعي على اسباب الحكم الابتدائي . عدم تمسك الطاعن به امام محكمة الاستئناف . اعتباره سببا جديداً لا يجوز اثارته امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٩٢٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٠ س ٢٨ ص ١٠١٢)

اثارة الدفع بانعدام صفة احد الخصوم خلال فترة حيز الاستئناف للحكم خال عدم التصريح بتقديم مذكرات . اعتباره غير مطروح على المحكمة . قضاؤها بقبول الاستئناف شكلاً . حائل بينها وبين العودة الى مناقشة ذلك الدفع . التمسك بذات الدفاع امام محكمة النقض . اعتباره سبباً جديداً غير مقبول . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٢٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

التمسك بسبب امام محكمة اول درجة . عدم معاودة التمسك به امام محكمة الاستئناف . اثره . اعتباره سبباً جديداً . لا يقبل التحدي به امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٢٦٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

خلو الأوراق مما يدل على تمسك الطاعن بدفاع معين عدم جواز ابدائه لأول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

دفاع يخالطه واقع لم يسبق التمسك به امام محكمة الموضوع . لايجوز التحدث به لأول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

دفاع قانوني يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع . عدم جواز ابدائه لأول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٨٤ لسنة ٥٦ ق - احوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

سبب قانوني يخالطه واقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع . عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)
(نقض ٨١/٥/١٠ س ٣٢ ع ٢ ص ١٤١٤)

السبب المتعلق بالنظام العام :

الدفاع المتعلق بالنظام العام . جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض . شرطه .

(الطعن رقم ٢٣٨١ سنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٢٩ س ٢٦ ص ٢٨٤)

الاسباب المتعلقة بالنظام العام . لمحكمة النقض ان تثيرها من تلقاء نفسها :

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٧/٢٧ س ٣٠ ص ٤٠٩)

الأسباب المتعلقة بالنظام العام لمحكمة النقض إثارها من تلقاء نفسها كما يجوز لكل من الخصوم والنيابة متى توافرت عناصر الفصل فيها . ووردت على الجزء المطعون فيه من الحكم .

(الطعن رقم ١٤٠٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

السبب المتعلق بالنظام العام . لمحكمة النقض والنيابة العامة وللخصوم إثارته . شرطه . ان يكون وارداً على الجزء المطعون عليه من الحكم .

(الطعن رقم ٢٣٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

السبب الموضوعي

الجدل فيما استخلصته محكمة الموضوع بأسباب سائغة من خروج المباني عن شرط الاكتتاب في سندات

(نقض جلسة ٨٢/٤/٢٥ س ٣٣ ص ٤٣١)

الدفاع الذي يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. سبب جديد. عدم جواز التحدى به لأول مر أمام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

مالايندرج تحت أسباب الطعن :

١ - السبب غير المنتج :

اقامة الحكم على دعائتين - كفاية احدهما لحمل قضائه. تعييبه في الأخرى. غير منتج.

(الطعن رقم ٢٢٤٤ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٩ س ٣٣ ع ١ ص ٥٤٥)

اقامة الحكم على دعائتين. كفاية احدهما لحمل قضائه. النعى عليه في الدعاءات الأخرى. غير منتج.

(الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٠/٢٦ س ٣٢ ص ١٩٨٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٦ س ٣٢ ص ٢١٢١)

اقامة الحكم على دعائتين. كفاية احدهما لحمل قضائه. تعييبه في الأخرى غير منتج.

(الطعن رقم ٨٤٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/١٩ س ٣٣ ص ٥٤٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٣١ س ٣٣ ص ٦١٨)

اقامة الحكم على دعاءات متعددة - كفاية احدهما لحمل قضائه تعييبه في باقيها أيا كان وجه الرأي فيه. غير منتج.

(الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٤/٢٦ - الطعن رقم ٤٢٤ لسنة ٤٨ ق)

اقامة الحكم على دعائتين. كفاية احدهما لحمل قضائه. النعى عليه في الدعاءة الأخرى. غير منتج.

(الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

الاسكان طبقا للقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ المعدل. موضوعي. عدم جواز اثارته امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

اقامة المحكمة قضاها على أسباب سائغة تكفي لحمله. المجادلة في ذلك. موضوعية. تنحسر عنها رقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ٤٣٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

النعى على الحكم بأن المضرورين علموا بالضرر وشخص المسئول عنه منذ حصوله. جدل موضوعي في تقدير محكمة الموضوع للأدلة عدم جواز اثارته امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

انتهاء الحكم سائغا - إلى ما خلص إليه - وله اصله الثابت بالاوراق بما يكفي لحمل قضائه. النعى عليه. جدل موضوعي تنحسر عنه رقابة محكمة النقض.

(الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

السبب القانوني الذي يخالطه واقع :

الدفاع الذي يخالطه واقع. عدم جواز التحدى به لأول مرة امام محكمة النقض. تقدير اقوال الشهود وترجيح شهادة شاهد على آخر من سلطة محكمة الموضوع.

(الطعن رقم ١٥٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/٢٦ س ٣١ ص ١٢٤٣)

سبب قانوني يخالطه واقع لم يسبق عرضه على محكمة الموضوع، عدم جواز التحدى به لأول مرة امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٠ س ٢٢ ع ٢ ص ١٤١٤)

دفاع قانوني يخالطه واقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع. عدم جواز التحدى به امام محكمة النقض.

(الطعن رقم ١٨٢٩، ١٨٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

(نقض جلسة ١٤/٤/١٩٨٣ س ٣٤ ص ٩٦٩)

إقامة الحكم على دعائم متعددة . كفاية إحداها لحمل نسائه . النعى عليه في باقى الدعامات الأخرى - أيًا كان جه الرأى فيه ، غير منتج .

(الطنن رقم ٦٥٨ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

إقامة الحكم قضائه على دعامة كافية لحمله . تعييبه دعامة أخرى يقوم عليها . نعى غير منتج .

(الطنن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

إقامة الحكم الإستئنافية قضاؤه على أسباب خاصة به ون إحالة إلى أسباب الحكم الابتدائى . النعى ببطلان لحكم الأخير . غير منتج .

(الطنن رقم ٦٩٠ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تأسيس الحكم على دعامة صحيحة تكفى لإقامته . كنعى عليه في باقى ماورد به . غير منتج . (مثال ملكية) .

(الطنن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

إقامة الحكم على دعائم متعددة . كفاية إحداها لحمله . تعييبه في أخرى . غير منتج .

(الطنن رقم ٨١٣ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/١٤)

إقامة الحكم على مايكفى لحمله . النعى عليه فيما استطرد اليه تزييدا . غير منتج .

(الطنن رقم ٧٦٩ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٢ - النعى بإغفال الفصل في بعض الطلبات :

التزام محكمة الاستئناف اذا الغت الحكم الصادر في الطلب الاصلى ان تعيد الدعوى الى محكمة الدرجة الاولى لتفصل في الطلبات الاحتياطية . قضاؤها برفض الدعوى واغفال بحث الطلب الاحتياطى عن سهو او غلط . لا يصلح سببا للطعن بالنقض سبيل تداركه . الرجوع لذات محكمة الموضوع . ١٩٣ مرافعات . مثال . بشأن إغفال الفصل في الطلب الاحتياطى .

(الطنن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

٣ - السبب المقتدر إلى الدليل :

عدم تقديم الطاعن الدليل على ماتمسك به من اوجه الطعن في المعداد القانونى اثره . نعى غير مقبول .

(الطنن رقم ١٨٤٢ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(الطنن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١٣ س ٣٣ ص ٨٥)

عدم تقديم الطاعن الدليل على ماتمسك به في وجه النعى . نعى عار عن الدليل .

(الطنن رقم ١٠٥٤ لسنة ٥٥ ق- جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

٤ - السبب المجهل :

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض العيب الذى يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه منه واثره في قضائه . نعى مجهل غير مقبول . م ٢/٢٥٣ مرافعات . (مثال) .

(الطنن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٣ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/١١ س ٣٢ ع ١ ص ٣٠١)

وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على الاسباب التى بنى عليها الطعن . م ٢٥٣ مرافعات . عدم افصاح الطاعن عن موطن العيب الذى يعزوه الى الحكم المطعون فيه واثره في قضائه . نعى مجهل . غير مقبول .

(الطنن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق- جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١١ س ٣٣ ص ٢٢٨)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض اوجه الدفاع محل النعى ودالاتها . نعى مجهل غير مقبول .

(الطنن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٦ ق- جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

وجوب اشتمال صحيفة الطعن بالنقض على الاسباب التى بنى عليها الطعن . مقصوده : تحديد أسباب الطعن وتعريفها تعريفا واضحا يبين منها العيب المنسوب الى الحكم وموضعه منه واثره في قضائه . تخلف ذلك . نعى مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١١ س ٣٣ ص ٢٢٨)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن ماهية الطلبات التي اغفل الحكم الرد عليها وموضعها منه واثرها في قضائه . نعى مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

وجوب اشتغال صحيفة الطعن بالنقض على بيان الاسباب التي بنى عليها الطعن . م ٢٥٣ مرافعات مقصوده . تحديد اسباب الطعن وتعريفها تعريفا وافيا يبين منها العيب الذي يعزوه الطاعن الى الحكم وموضعه منه واثره في قضائه .

(الطعن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن العيب الذي يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه منه واثره في قضائه . بطلان الطعن .

(الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/١١ س ٣٣ ع ١ ص ٢٠١)

وجوب اشتغال صحيفة الطعن بالنقض على بيان لأسباب الطعن والا كان باطلا . م ٦٥٣ مرافعات . مؤداه . عدم بيان الطاعنة في الأسباب للعيب الذي تعزوه إلى الحكم المطعون فيه وموضعه منه واثره في قضائه . نعى مجهل غير مقبول .

ورود النعى على غير محل من قضاء المحكم المطعون فيه . نعى غير صحيح .

(الطعن رقم ١٨٧٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٢٢ س ٢٢ ص ١٤١٥)

(الطعن رقم ٢٠٩٢ ، ٢١٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

عدم بيان الطاعن للمستندات التي يعزو الى الحكم المطعون فيه التفاته عن طلب الزام المطعون ضده بتقديمها ودلالة كل منها واثره في قضائه . نعى مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ٩٨٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٧)

وجوب تحديد الطاعن أسباب الطعن وتعريفها تعريفاً واضحاً يبين منها العيب الذي يعزوه الى الحكم وموضعها منه واثره في قضائه . تخلف ذلك . اثره . بطلان الطعن .

(الطعن رقم ١٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

عدم بيان الطاعنة للاعتراضات الموجهة الى تقرير الخبير ووجه قصور الحكم في الرد عليها . اكتفاء بالاشارة الى دفاعها امام محكمة الموضوع بدرجتها . قول مجمل . نعى مجهل غير مقبول .

(الطعن رقم ١٣١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٥)

عدم بيان الطاعن الدفاع الذي تمسك به امام محكم الاستئناف واغفل الحكم الرد عليه . نعى مجهل وغير مقبول .

(الطعن رقم ١٠٦٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

عدم بيان الطاعن في صحيفة الطعن بالنقض العيب الذي يعزوه للحكم المطعون فيه وموضعه واثره في قضائه . نعى مجهل غير مقبول . م ٢٥٣ مرافعات .

(الطعن رقم ٧٢٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

ورود النعى على غير محل من قضاء الحكم : ورود النعى على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه . نعى غير صحيح .

(الطعن رقم ١٨٤٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٢٢ س ٢٣ ص ١٤١٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٢٢ - الطعن رقم ١٤٨٧ لسنة ٥٤ ق)

النعى الوارد على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه : غير مقبول التناقض الذي يفسد الحكم . ماهيته (مثال) .

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

ورود النعى على غير محل من قضاء الحكم المطعون فيه غير مقبول .

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

الخصم دون اطلاق الخصم الاخر عليها . عدم بيان مالحوته هذه المذكرة من دفاع حرم الطاعن من مناقشته وكان له اثر في الحكم . نعى غير مقبول .

(الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢٩ س ٣١ ص ٩٦٠)

نظر الطعن امام محكمة النقض :

ترك الخصومة في الطعن بالنقض :

ترك الخصومة في الطعن بالنقض بعد فوات ميعاده . تضمنه نزولا عن الحق في الطعن لايحوز الرجوع فيه - دون حاجة لقبول المطعون ضده لهذا الترك .

(الطعن رقم ٧٣١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

سلطة محكمة النقض :

انتهاء الحكم في قضائه الى النتيجة الصحيحة قانونا . اشتغال اسبابه على قرارات قانونية خاطئة . لمحكمة النقض تصحيحها دون ان تنقضه .

(الطعن رقم ٢٢٧٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)
(نقض جلسة ١٩٨٠/١١/٢١ س ٣٣ ص ١٠١٢)

انتهاء الحكم الى نتيجة صحيحة . انطوائه على قرارات قانونية خاطئة . لا اثر له . لمحكمة النقض تصحيحها دون نقضه .

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

انتهاء الحكم الى نتيجة سليمة . لا يبطله مايقع في اسبابه من اخطاء قانونية لمحكمة النقض ان تصححه دون ان تنقضه .

(الطعن رقم ١٧٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

سلامة الحكم في نتيجته . لا يبطله مايقع في اسبابه من اخطاء قانونية لمحكمة النقض ان تصححه دون ان تنقضه .

(الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

ضياء الحكم المطعون فيه بتأييد الحكم المستأنف دون ازالة الى اسبابه واقامة قضائه على اسباب مستقلة . نعى تقرير الخبير الذي لم يتخذ دعامة لقضائه ايا وجة الراى فيه . غير مقبول .

(الطعن رقم ١١٨٦ لسنة ٥٨ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

رود النعى على الحكم الابتدائي والذي لا يصادف في قضاء الحكم المطعون فيه . نعى غير مقبول .

(الطعن رقم ١٢٦٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٧ - الخطأ المادي في الحكم :

الخطأ المادي في الحكم الغير مؤثر في كيانه او فقدانه به . عدم صلاحيته سببا للطعن بالنقض . تصحيح الخطأ . سبيله . م ١٩١ مرافعات .

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)
(نقض ١٩٨١/١/٢٦ س ٢٢ ص ٢٣١)

٨ - اغفال الفصل في طلب موضوعي :

اغفال المحكمة الفصل في طلب موضوعي . سبيل له . الرجوع لذات المحكمة للفصل فيه . م ١٩٣ نقات . عدم جواز الطعن بالنقض لهذا السبب . علة

(الطعن رقم ١١٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

لنعي الموجه الى اسباب الحكم الابتدائي التي لم يأخذ او يحيل اليها الحكم الاستئنافي . غير مقبول .

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٩ س ٣٠ ص ٤١٣)

تغيير محكمة اول درجة لسبب الدعوى . عدم اعتراض عليه امام محكمة الموضوع . اثره . سقوط ق في ابدائه امام محكمة النقض .

(الطعن رقم ١٤٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١١ س ٣٣ ص ١٠٩٧)

لنعي بطلان الحكم بسبب قبول المحكمة لمذكرة

قصور الحكم في أسبابه القانونية . لا يعيبه طالما خلص إلى النتيجة الصحيحة . لمحكمة النقض أن تستوفي القصور دون نقضه .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

انتهاء الحكم إلى النتيجة الصحيحة . لا محل للنعي عليه . بالقصور في أسبابه . لمحكمة النقض استكمالها .

(الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

اشتمال الحكم على تقارير قانونية خاطئة . لا يعيبه طالما خلص إلى النتيجة الصحيحة . لمحكمة النقض تصحيح الخطأ دون نقضه .

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

قصور الحكم في أسبابه القانونية . لا يبطله طالما خلص إلى النتيجة الصحيحة . لمحكمة النقض أن تستكمل القصور دون نقضه .

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

انتهاء الحكم إلى نتيجة صحيحة . لا يعيبه مجرد القصور في أسبابه القانونية . لمحكمة النقض استكمالها .

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

أثر نقض الحكم :

نقض الحكم المطعون فيه والاحالة . أثره .

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٠)

نقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص . اقتصر محكمة النقض على الفصل في مسألة الاختصاص وعند الاقتضاء يتعين على المحكمة المختصة التي يجب التداعي إليها بإجراء جديد . م ٢٦٩ مرافعات .

(الطعن رقم ٦٥٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣١)

تصدي محكمة النقض للفصل في الموضوع عند نقض الحكم للمرة الثانية . شرطه . أن ينصب الطعن في المرة الثانية على ما طعن عليه في المرة الأولى . مخالفة ذلك .

أثره . وجوب أن يكون مع النقض الاحالة . م ٢٦٩ / مرافعات .

(الطعن رقم ١٦٠٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/١٧ س ٢٩ ص ١٦٦٧)

نقض الحكم المطعون فيه والاحالة . وجوب التزاع محكمة الاحالة بالمسألة القانونية التي فصل فيها حكم النقض . م ٢/٢٦٩ ، مرافعات . للخصوم ابداء أوجه دفا جديدة امام محكمة الاحالة . لهذه المحكمة حرية تحصيل فهم الواقع في الدعوى اعتمادا على ما قدم اليها منها وعلى ما يستجد من وقائع وأدلة .

(الطعن رقم ٨٤٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

نقض الحكم كليا . أثره . زواله بجميع آثاره والغاء جميع الاحكام المترتبة عليه وعوده الخصوم الى مراكزهم السابقة على صدوره وقوع ذلك بقوة القانون م ١/٢٧١ / مرافعات .

(الطعن رقم ٧٤٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/٢٦ س ٣١ ص ٢١٥٢)

نقض الحكم والاحالة . أثره . التزام المحكمة المحال اليها باتباع حكم محكمة النقض في المسألة القانونية التي فصلت فيها . اكتساب حكم النقض حجية الشيء المحكوم فيه في المسائل التي بت فيها . مؤدى ذلك . امتناع المساس بهذه الحجية عند اعادة نظر الدعوى .

(الطعن رقم ١٣٤٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٢/١٦ س ٨١ ص ٢٢ ص ٥٢٣)

نقض الحكم المطعون فيه لتكييفه عقد البيع انه بيع بات دون بيان أسباب عدوله عن المدلول الظاهر لعبارة التي تفيد انه بيع بالعربون . مفاده ان الحكم الناقض لم يجزم في أسبابه بان العقد بيع بالعربون . استخلاص الحكم المطعون فيه ان العقد بيع معلق على شرط واقف وقد تحقق هذا الشرط واصبح العقد باتا . النعي عليه بان لم يلتزم بالمسألة القانونية التي فصل فيها الحكم الناقض . لا أساس له .

(الطعن رقم ١٢٤٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض ١٩٥٧/٢/٧ س ٨ ص ١٢٢)

تصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع عند نقض الحكم للمرة الثانية . شرطه . أن ينصب الطعن في المرة الثانية على ما طعن عليه في المرة الأولى مخالفة ذلك . أثره . وجوب أن يكون مع النقض الاحالة . م ٤/٢٦٩ مرافعات .

نقض الحكم كلياً . أثره . زواله بجميع آثاره والغاء جميع الأحكام اللاحقة التي كان أساساً لها . وقوع هذا الالغاء بقوة القانون . م ٢٧١ مرافعات . تأسيس قضاء الحكم المطعون فيه على حكم منقوض . أثره . وجوب نقضه .

(الطعن رقم ١٢٤٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض ١٩٨٨/١١/٢٨ س ٢٦ ص ١٦١٧)

نقض الحكم . أثره . التزام محكمة الاحالة بحكم النقض في المسألة القانونية التي فصل فيها . علة ذلك . م ٢٦٩ مرافعات . إقامة الحكم الناقض قضاءً على أن عقد البيع لا يستتر وصية . مخالفة ذلك . خطأ في القانون وفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم ٦١٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٣ - الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥٢ ق)

نقض الحكم . أثره . حق المحكمة المحال اليها في تحصيل فهم جديد لواقع الدعوى ولو خالف ما سبق أن حصلته منه ولا يقيد بها في هذا إلا أن تتبع حكم النقض في المسألة القانونية التي فصل فيها .

(الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

نقض الحكم والاحالة . أثرها . عودة الخصومة الى ما كانت عليه قبل صدور الحكم المنقوض . التزام محكمة الاستئناف بالمسألة القانونية التي فصل فيها الحكم الناقض لايحول دون أن تبني حكمها على فهم جديد لواقع تحصله من جميع عناصر الدعوى .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

نقض الحكم الاستئنافي . أثره . زواله وعودة الخصوم إلى مراكزهم الأولى - سريان احكام سقوط الخصومة عليها من تاريخ صدور حكم النقض . الحكم بسقوط الخصومة . شرطه . المادتان ١٣٤ ، ١٣٦ مرافعات .

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(نقض ١٩٨٨/١١/٣ س ٢٢ ص ١٥٥٧ ، ١٥٥٨/٣/٢٥ س ٢٥ ص ٥٣٨)

(الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

نقض الحكم كلياً . أثره . زواله بجميع آثاره والغاء الأحكام اللاحقة التي كان الحكم المنقوض أساساً لها . وقوع هذا الأثر بقوة القانون . م ١/٢٧١ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٠١٧ لسنة ٥٤ ، ٢٥٦٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

نقض الحكم لمخالفة قواعد الاختصاص . اقتضار محكمة النقض على الفصل في مسألة الاختصاص وتعيين المحكمة المختصة عند الاقتضاء الواجب التداعى اليها بإجراءات جديدة . م ١/٢٦٩ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٠٥١ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦ س ٢٧ ع ٢ ص ١٤٨٤)

نقض الحكم كلياً والاحالة . أثره . عدم اقتضاره على المسألة القانونية التي فصل فيها حكم النقض امتداده إلى ما ارتبط به من أجزاء الحكم الأخرى . لمحكمة الاحالة إقامة حكمها على فهم جديد لواقع الدعوى . م ٢/٢٦٩ مرافعات . (مثال) .

(الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

نيابة

نيابة قانونية :

بلوغ القاصر سن الرشد أثناء الدعوى . استمرار من كان وصياً عليه في تمثيله والحضور عنه بقبوله ورضائه يتحقق به الصفة في تمثيله في هذه الخصومة . اعتبار النيابة عنه أصبحت اتفاقية بعد أن كانت قانونية .

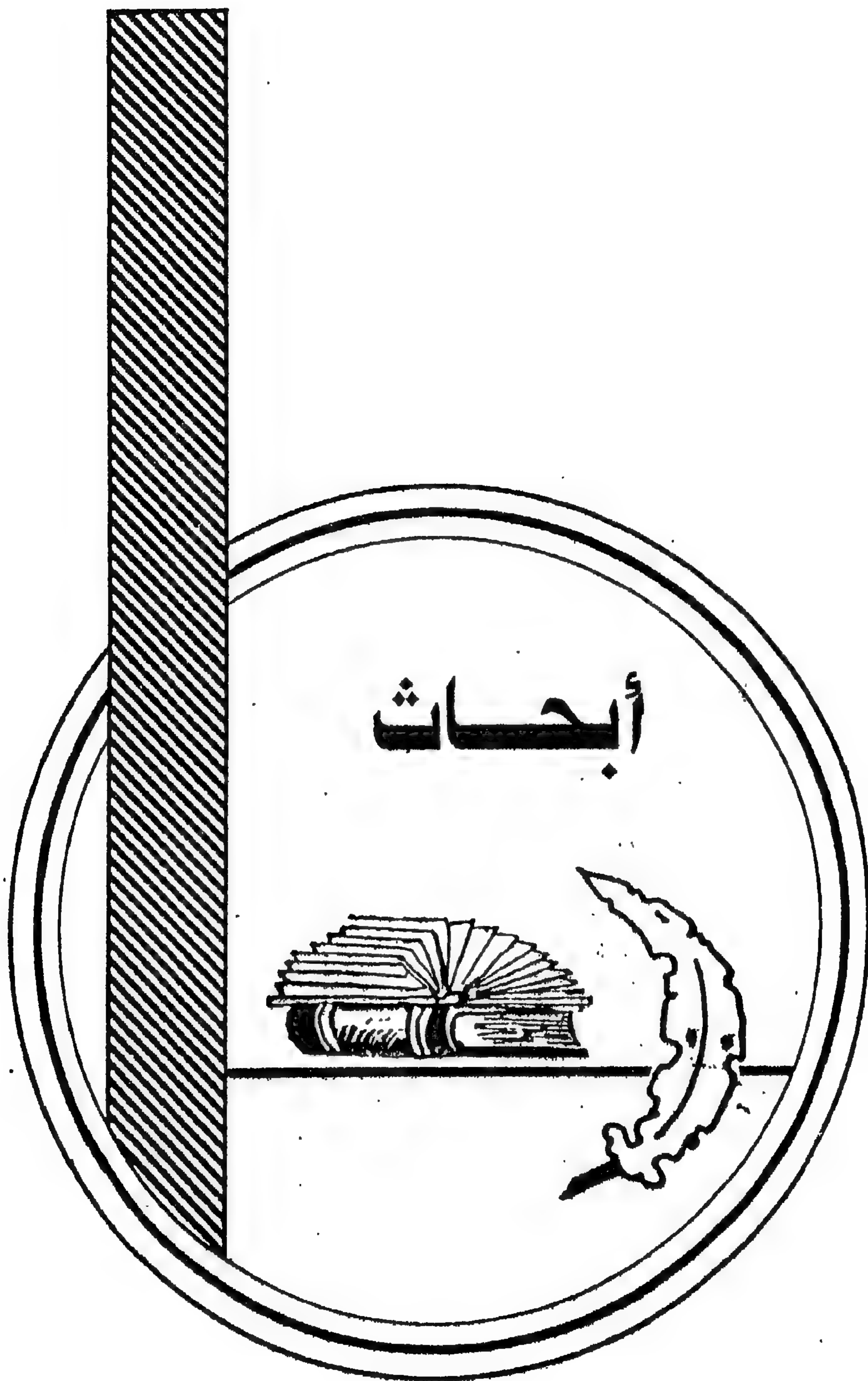
(الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ س ٢٨ ص ١٥٢٤)

نقابة المحامين - أمانة الصندوق

**تعلن لسيادة الأساتذة الزملاء المتأخرين
عن سداد الاشتراك السنوي حتى الآن أن يبادروا
إلى السداد فوراً قبل آخر يونيو سنة ١٩٩٠
تلافياً للاستبعاد من الجدول تطبيقاً للمادة
١٧٠ من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ .**

**أمين الصندوق
أحمد عوده
المحامي**



جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق

دراسة في قانون العقوبات وقضاء النقض المصري

للسيد الاستاذ / صلاح الدين جمال عبد الرحمن - المحامي

تمهيد :-

إشارة للحق في الحرية في
الاسلام والقانون الدولي لحقوق
الانسان .

ان حرية الانسان مقدسة
كحياته سواء بسواء وهي الصفة
الطبيعية الاولى التي يولد بها
الانسان تأكيدا لحديث رسول الله
ﷺ «فيما رواه الشيخان» «ما من
مولود الا يولد على الفطرة» وهي
مستصحبة ومستمرة وليس لاحد
أن يعتدى عليها ويجب توفير
الضمانات الكافية لحماية حرية
الافراد ولا يجوز تقييدها أو الحد
منها الا بسلطان الشريعة
وبالاجراءات التي تقرها^(١) .

واستصحابا لذلك نورد هنا ما
جاء باحدى الاتفاقيات الدولية
ذلك النص الذي قرره المادة
التاسعة من الاتفاقية الدولية بشأن
الحقوق المدنية والسياسية -
الصادرة عن الجمعية العامة
للأمم المتحدة في ١٦/ ديسمبر
سنة ١٩٦٦ ، والتي دخلت حيز
التنفيذ في ٢٢ مارس سنة ١٩٧٦
«أن لكل فرد الحق في الحرية
والسلامة الشخصية ولا يجوز

القبض على احد أو ايقافه بشكل
تعسفي كما لا يجوز حرمان أحد
من حريته الا - على اساس من
القانون .. ولكل من كان ضحية
القبض عليه أو ايقافه بشكل غير
قانوني الحق في تعويض قابل
للتنفيذ . وكجدير بالذكر أن هذه
الاتفاقية أنشأت بموجب
برتوكول اختياري يستند على
القسم الرابع من اتفاقية لجنة
خاصة أطلق عليها لجنة الحقوق
الانسانية ، تعمل على استلام
ودراسة تبليغات الافراد الذين
يدعون بأنهم ضحايا الاعتداء
على أي من الحقوق التي ورد
النص عليها بالاتفاقية المشار
اليها .

وفي اطار القانون الوطني
المصري فإنه من منظوري
الخاص أرى أن رجال النيابة
الذين هم رؤساء للضبط
القضائي^(٢) وقد خولهم قانون
الاجراءات الجنائية سلطات
واسعة في التحقيق وفي التفتيش
على السجون ، والاشراف على
أعمال مروسيهم من مأموري
الضبط يجب عليهم أن يتشددوا

في تحقيق البلاغات التي ترد
اليهم في هذا الصدد مع توخي
الدقة والحرص تحقيقا للتنفيذ
السليم للقانون وحرصا على أمن
المواطنين وحياتهم وحفاظا
على العدالة وهم القائمين على
جماعتها .

جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق

المطلب الاول

طبيعة هذه الجريمة :

La Nature Juridique

تقع هذه الجريمة بصوره
مستقلة عن أعمال البوليس
ومأموري الضبط حين يقوم
بأرتكابها أحاد الناس أو مجموعة
منهم ، كما تقع حين يرتكب
مأموري الضبط الأفعال المكونة
لها ولو بغية التوصل الى معرفة
مرتكبي جريمة سبق وقوعها .
مما يدخل في اطار القبض
الباطل . وهي تكون صوره
سافرة للاعتداء على الحرية
الشخصية .

وقد تناول المشرع هذه الجريمة في الباب الخامس من الكتاب الثالث من قانون العقوبات في المواد ٢٨٠ ، ٢٨١ ، ٢٨٢ ع (٣) فنص في المادة ٢٨٠ على أن من قبض على أى شخص أو حبسه أو حجزه بدون أمر أحد الحكام المختصين بذلك وفي غير الاحوال التى تصرح فيها القوانين واللوائح بالقبض على نوى الشبهة يعاقب بالحبس أو بغرامة لا تتجاوز عشرين جنيها مصريا . وقضى في المادة ٢٨١ ع على أن يعاقب أيضا بالحبس مدة لا تزيد على سنتين كل شخص أدار محلا للحبس أو الحجز غير الجائزين مع علمه بذلك» ونصت المادة ٢٨٢ ع على أن «إذا حصل القبض فى الحالة المبينة فى المادة ٢٨٠ من شخص تذى بدون حق بذى مستخدمى الحكومة أو أنصف بصفة كاذبة أو أبرز أمرا مزورا مدعيا صدوره من طرف الحكومة يعاقب بالسجن ويحكم فى جميع الاحوال بالاشغال الشاقة المؤقتة على من قبض على شخص بدون وجه حق وهدده بالقتل أو عذبه بالتعذيب البدني» .

والنظرة المجردة لتلك النصوص تشير الى أن المشروع يبغي منها تأكيد عدم جواز القبض على أحد أو تفتيشه أو

حبسه أو تقييد حريته بأى قيد .. وذلك حماية للحرية الشخصية التى كفلها الدستور . فقد قضت المادة ٤١ من الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية لعام ٧١ بأن «... لايجوز وفقا لاحكام القانون» .

كما قضت المادة ٤٢ منه بأن «... كما لايجوز حجزه أو حبسه فى غير الاماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون» .

ومن جانب آخر نصت المادة ٤١ أ . ج على أنه «لايجوز حبس أى انسان الا فى السجون المخصصة لذلك ولايجوز لمأمور أى سجن قبول أى انسان فيه ألا بمقتضى أمر موقع عليه من السلطة المختصة والا يعقبه بعد المدة المحددة بهذا الأمر» كما نصت المادة ٤٢ أ . ج - (معدله) بالقانون رقم ٣٥٣ لسنة ١٩٥٢) على أن «لكل من أعضاء النيابة ورؤساء ووكلاء المحاكم الابتدائية . والاستئناف زيارة السجون العامة والمركزية الموجودة فى دوائر اختصاصهم . والتأكد من وجود مخبوس بصفة غير قانونية ولهم أن يطلعوا على دفاتر السجن وعلى أوامر القبض والحبس وأن يأخذوا صوراً منها وأن يتصلوا بأى محبوس ويسمعوا منه أى شكوى يريد أن يبيدها لهم وعلى مديرو وموظفى

السجون أن يقدموا لهم كل مساعده لحصولهم على المعلومات التى يطلبونها .

ويلاحظ أن المشرع المصرى لم يقرر بالنسبة لهذه الجريمة أى فرق فى المسئولية بين القبض الواقع من فرد على فرد والقبض من سلطه على فرد والمتضمن بذلك عدوانا على الحرية الشخصية وأن كان بهذا النص قد صرح بقيام المسئولية الجنائية اذا وقع القبض على فرد بدون وجه حق دون تفريق بين ممثلى السلطة وبين الافراد العاديين .

والواقع أن المشرع المصرى قد غفل بذلك عن ادراك حقيقة بالغة الاهمية الا وهى تنوع طبيعة الجريمة بحسب مصدرها اذا لاشك أن القبض الواقع من فرد على فرد لا يستهدف منه مقترفه الاعتداء على حق الفرد بالذهاب والاياب والاقامة باعتباره احدى دعائم الحرية الشخصية للفرد بقدر استهدافه الاعتداء على هذا الحق ذاته وعلى العكس من ذلك فان ممثلى السلطة حين يقبضون على فرد بدون وجه حق اعتمادا على سلطة وظيفتهم فان تصرفهم هذا انما يكون عدوانا مباشرا على الحرية الشخصية لهذا الفرد ومنطويا بذلك على قدر اكبر من الاضرار والاعتداء ويستأهل بالتالى لقدر أعظم من

المسئولية^(٤) .

وموقف المشرع لا يمكن الدفاع عنه ، لأنه من غير المعقول أن يضع المشرع القبض الواقع من فرد على فرد مع القبض الواقع من سلطة على فرد على قدم المساواة في المسئولية والعقاب إذ لا يجوز أن تكون هناك مساواة في المعاملة العقابية بين ممثلي السلطة ، وقد أمدهم هو نفسه بسلطة غير محدودة تضعهم في مركز يسمح بوقوع الاعتداء منهم على الحرية الشخصية للأفراد في كل لحظة وبين الفرد العادي الذي لا يمكنه أن يوقع عدوانا شبيها على غيره الا فيما ندر وفي أحوال استثنائية ، الامر الذي لا يمكن فهمه إلا على أن المشرع المصري يرغب في حماية موظفيه المعتدين على الحريات الشخصية للأفراد .

ومع ذلك يذهب رأى في الفقه الى أن غياب التفرقة - في المسئولية والعقاب - بين القبض الواقع من فرد على فرد والقبض الواقع من سلطة على فرد وهذا الغياب ليس من شأنه ان يحول دون إقامة التفرقة بين القبض المتضمن عدوانا على الحرية الشخصية وهو القبض الواقع من ممثلي السلطة اعتمادا على وظائفهم والقبض الذي لا يتضمن

هذا العدوان وهو الواقع من فرد على فرد على أساس ان عمومية النص المقرر للجريمة لا تحول دون تنوع طبيعتها بحسب مصدرها^(٥) .

ويلاحظ ايضا بصدر هذه الجريمة : أن القضاء ذهب انه لما كان القبض على شخص هو امساكه من جسمه وتقييد حركته وحرمانه من التجول وكان حبس الشخص أو حجزه معناه حرمانه من حريته فترة من الزمن ، وكانت هذه الأفعال تشترك في عنصر واحد وهو حرمان الشخص من حريته ، طال أو قصر ، فانه يتعد القول بأن الشارع يعتبر كل حد من حرية الشخص في التحرك - سواء عد ذلك قبضا أو حبسا أو حجزاً - معاقب عليه في المادتين ٢٨٠ ، ٢٨٢ ع معا . فتوقع عقوبة الجنحة في الحالة المبينة في المادة الأولى - وعقوبة الجنابة في الأحوال المبينة في المادة الثانية بفقرتها - والقول بغير ذلك يتجافى مع المنطق ، إذ ليس من المعقول أن يكون الشارع قد قصد بالمادة الثانية تغليظ العقوبة في حالة القبض فقط . والتالى . انتهت المحكمة الى ان تغليظ العقوبة كما يكون في حالة القبض يكون ايضا في حالة الحجز والحبس^(٦) .

كما قضى ايضا بأن الظروف المشددة المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٢٨٢ . تتحقق متى كان وقعها مصاحب للقبض ولا يشترط ان تكون تاليا له^(٧) .

فالقبض على انسان بدون وجه حق جريمة على أية حال ، قد تكون جنحة في بعض الصور وجناية في بعضها الآخر . وعندما تكون جنابة فالقانون يعاقب فيها على الفعل التام كما يعاقب فيها على مجرد الشروع عملا بالمادتين ٤٥ ، ٤٦ ع . إذ متى تخون من عده أعمال تنتهي باتمامها^(٨) . وهذا يقطع بحرص المشرع المصري على كفالة حرية التجول للمواطنين وكيف يعتبر التعرض لهذه الحرية بدون وجه حق جريمة دائما . ومن ثم فلا معدى من ان يطالب التشريع الاجرائي رجال الشرطة باحترام التشريع العقابي ، لا سيما ذلك النطاق الذي وضع هيكله بخصوص القبض (٣٤٢ أ . ح)^(٩) .

وتتبقى ملحوظة أخيره وهي التفرقة بين الحبس والحجز اللاحقين على القبض المشكل

للجريمة ، فإذا كان احتجازا في أحد المسجون سمي حبسا . وإذا كان في مكان خاص غير ذلك الذي تخصصه الحكومة لهذا

الغرض فيسمى الاحتجاز في هذه الحالة حجزاً أو اعتقالاً في محل خاص من غير السجنون بدون مبرر قانوني .

مع ملاحظة أن القبض يتميز عن الحبس - كما سبق الشرح^(١٠) - بأن القبض سلوك وقته يبدأ ويتم في لحظة اتخاذه دون أن يتوقف الأمر على قضاء فتره زمنية معينة أما الحبس والحجز فهو سلوك مستمر لأنه في جوهره قبض مستمر في الزمان لفتره معينة طالت هذه الفترة أم قصرت ، ولهذا أهميته القانونية بصدد حساب التقادم إذ لا يبدأ بالنسبة للحبس أو الحجز إلا من اليوم الذي يطلق فيه سراح المحبوس أو المحتجز إلا أنه يكفي لاكتساب التصرف الصادر من ممثلي السلطة الخصوصية الإجرامية أن تتحقق به إحدى هذه الوقائع «القبض» أو «الحبس» أو «الحجز» ، إذا النص لا يحتم اجتماعها ، دون نظر لما إذا كان القبض قد أُرْدِفَ باطلاق السراح فوراً أو تبع بحبس أو بحجز ، كما لايلزم أن يكون الحبس مسبوقاً بقبض «كالزوج الذي يحتجز زوجته أو المدرس الذي يحتجز تلميذه أو صاحب الفندق أو المشرب الذي يحتجز العميل الذي امتنع عن دفع الحساب . فالقبض والحبس والحجز هي أمور متعادلة تشكل

كل منها جريمة مستقلة بذاتها سواء من حيث طبيعتها أو من حيث العناصر المشكلة لها^(١١) .

وفقاً لما قضى به قضاء النقض الفرنسي فكل مايلزم أن يشكل التصرف واحداً من الاشكال الثلاثة المتطلبية لقيام الجريمة^(١٢) .

المطلب الثاني

أركان جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق :-

تتكون أركان جريمة المادة ٢٨٠ ع من الركن المادي :-
ويقوم على عنصرين :-

العنصر الأول :- الفعل المادي والعنصر الثاني :-
انعدام المبرر القانوني . والركن المعنوي :- هو القصد الجنائي .
أولاً :- الركن المادي :-
العنصر الأول :-

فعل القبض أو الحبس أو الحجز :-

ينصرف هذا الركن الى الفعل المادي - فهو ينحصر في اعتداء يقع على الحرية الشخصية بالقبض على شخص أو حبسه أو حجزه^(١٣) وقد سبق بيان التفرقة بين صور هذه الجريمة ، والثابت طبقاً لقضاء محكمة النقض أنه لايلزم

لتوافر الجريمة طبقاً للمادة ٢٨٠ ع وجود هذه الافعال الثلاثة مجتمعة ، بل يعاقب المشرع على كل فعل منها اذا وقع على حدة . فالقبض يكفي لوقوع الجريمة ولو لم يعقبه حبس أو حجز . كما لو أطلق سراح المقبوض عليه قبل الوصول الى قسم الشرطة^(١٤) أو الى المكان الذي سيحجز فيه كما يكفي الحجز أو الحبس ولو لم يسبقه قبض ويضرب الفقه لذلك مثلاً ، بحجز رجل الشرطة شخصاً داخل حجرة نوبة «نوبتية» القسم مدة من الزمن ، وينوع جانب من الفقه بأن المشرع قد أفترض أن كل حبس أو حجز لابد أن يسبقه قبض ، خاصة حين نص على العقوبات الواردة بالمادة ٢٨٢ ع بأن يكرس القبض دون غيره من حق الفعل الاجرامي ولا يتصور أن يكون قصد المشرع هو العقاب على القبض بعقوبة مشددة دون الصور الاخرى وهي أشد جسامة^(١٥) .

وتستوى الوسائل المستخدمة في اتمام هذا الأمر وان كان المشرع قد جعل بعضها مشدداً للعقاب كما يستوى أن يقع الفعل بنشاط ايجابي أو بمجرد الامتناع كالامتناع عن الافراج عن

المحبوس في اللحظة التي يجب فيها قانونا الافراج عنه ويستوى كما سبق القول^(١٦) أن يكون الاعتداء على الحرية الشخصية واقعا من موظف أو من فرد عادي وفقا لقضاء جارى لمحكمة النقض المصرية^(١٧).

أو إذ تتم هذه الجريمة بحرمان الشخص من حريته فانها تستمر طالما استمر هذا الحرمان وعلى هذا الاساس تعتبر جريمة القبض بدون وجه حق مستمرة بالقدر الذى يستغرق زمن القبض^(١٨).

العنصر الثانى :- للركن المادى :-

انعدام المبرر القانونى :-

إذ تتم هذه الجريمة بحرمان الشخص من حريته فانها تستمر طالما استمر هذا الحرمان وعلى هذا الاساس تعتبر جريمة القبض بدون وجه حق مستمرة بالقدر الذى يستغرق زمنا من القبض^(١٩).

بمعنى عدم قانونية أو مشروعية القبض أو الحبس أو الحجز^(٢٠).

بمعنى الا يوجد سبب يبيحه ، كالقبض أو الحبس استعمالا للسلطة ، أو استعمالا لحق ، إذ أن المشرع لا يعاقب على فعل يأمر به أو يبيحه .

لذلك يذهب رأى فى الفقه الى اعتبار أن هذا الشرط جاء بدون مقتضى ويعد تزييدا فى النص^(٢١).

كما يوجه البعض الانتقاد الى نص المادة ٢٨٠ ع اذ يتجه رأى فى الفقه على حق الى ان عبارات هذه المادة تؤدى الى القول بأن القبض أو الحبس أو الحجز يعتبر مشروعاً لمجرد وقوعه بأمر أحد الحكام المختصين بذلك ، وهذا القول ليس صحيحا على اطلاقه فقد يكون الامر الصادر من الحاكم المختص قد صدر على غير ما يقضى به القانون مما يصمه بعدم الشرعية ويسأل من ارتكب فعل القبض أو الحجز باعتباره مساهما فى جريمة من اصدر الامر .

ومن ناحية أخرى فقد علق النص شرعية القبض أو تبريره على صدور أمر أحد أحكام وكون المقبوض عليه متهما فى جريمة بينما هناك حالات أجاز فيها المشرع للأفراد القبض على المتهم دون توقف على أمر أحد الحكام ، فالمادة ٣٧ من قانون الاجراءات الجنائية تقرر أن «لكل من شاهد الجانى متلبسا بجناية أو جنحة يجوز فيها قانونا الحبس الاحتياطى أن يسلمه الى اقرب رجل من رجال السلطة»^(٢٢).

وعلى ذلك لا تقوم الجريمة اذا كان مرتكب الفعل المادى قد أتاها وهو فى حالة دفاع شرعى عن النفس أو عن الغير أو فى حالات الضرورة ، كذلك بالتطبيق السليم للمادة / ٦٣ ف ٢ من قانون العقوبات التى قررت أنه «لا جريمة اذا وقع الفعل من موظف أميرى .. متى حسنت نيته وأرتكب فعلا تنفيذا لما أمرت به القوانين أو ما أعتقد أن اجراؤه من اختصاصه» .

مثال ذلك رجل الشرطة الذى يقبض على شخص ما بمقتضى أمر بالقبض باطل من حيث الشكل أو الذى يقبض بحسن نية على انسان غير الذى عينه أمر بالقبض مستجمع لشروطه القانونية^(٢٣) ، بشرط ثبوت حسن النية .

وأرى فى ظل الانتهاكات المستمرة لهذه المواد من قانون العقوبات بواسطة رجال الشرطة ، ومساعدتهم وجوب التشديد فيما يتعلق باثبات حسن النية .

ويشير جانب من الفقه مثلا عمليا بوضع به التفرقة بين القبض المعاقب - عليه والقبض بمعنى تقييد حرية الحركة الذى يفلت من العقاب بحالة المجنون وما يتبع ذلك من تقييد حريته وحجزه بقسم الشرطة حتى يتم

ترحيلة لدار العلاج فلا يعتبر ذلك من قبيل القبض المعاقب عليه أخذاً في الاعتبار بمقتضيات المصلحة العامة في استقرار الأمن واستناداً - أيضاً - على نص المادة ٢٧٨/٢ ع التي تنص على عقاب من كان موكلاً به التحفظ على مجنون في حالة هياج فاطلقه . وعلى النقيض من ذلك فإن جريمة الحجز بدون وجه حق تتوافر أركانها ويتمين معه تطبيق نص المادة ٢٨٠ في حالة القبض على شخص سليم العقل ووضعه في مستشفى عام مخصص لعلاج المجانين بحجة أنه مختل القوى العقلية^(٢٤) .

الركن الثاني :- السقف الجنائي :-

لا يكفي لتقرير المسؤولية الجنائية أن يصدر عن الجاني سلوك إجرامي ذو مظهر مادي بل لابد من توافر ركن معنوي أو أدبي يمثل روح المسؤولية الجنائية حين يمثل ركنها المادي جسدها الظاهر للعيان^(٢٥) .

فتتطلب هذه الجريمة قصداً جنائياً عاماً هو اتجاه أراذه الجاني حرمان المجنى عليه من حريته في التجول دون وجه حق مع علمه بذلك^(٢٦) .

وذلك العلم الذي يتحقق بتوافر عنصرى التصور

والادراك^(٢٧) .

بمعنى علمه بأن من شأن فعله أن يحقق هذه النتيجة^(٢٨) .

وعلى ذلك لا تقوم هذه الجريمة إذا أكره المتهم أكراماً مادياً على أغلاق مكان على شخص بداخله إذ أن إرادته لم تتجه الى هذا الفعل ، أو إذا - اتجهت إرادته الى الفعل دون النتيجة ، كمن يغلق على أحد مكاناً وهو معتقد خلافاً للواقع أنه يستطيع مغادرة المكان من باب آخر ، كما لا يقوم القصد بانتفاء العلم بأن الفعل سوف يؤدي لحرمان المجنى عليه من حريته ، كمن يغلق الباب بعد خروجه من منزل وهو يعتقد - خلافاً للحقيقة - بعدم وجود أحد بداخله^(٢٩) .

كما يتخلف العقاب الجنائي لتخلف القصد العمدى إذا ثبت وجود الخطأ ويذهب البعض الى أنه لا يجوز الا المساءلة الادارية والمدنية دون الجنائية^(٣٠) إذا كان الفعل المادى بعنصره قد تحقق نتيجة خطأ وقع من مأمورى الضبط القضائى . وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن «القضاء بالبراءة» - لعدم العقاب على واقعة القبض بدون وجه حق لا يؤدي حتماً الى انتفاء المسؤولية المدنية ولا يمنع أن تكون نفس هذه الواقعة فعلاً

خاطئاً ضاراً يوجب إلزام فاعله بتعويض الضرر^(٣١) إذ أن الجارى بقضاء النقض أن الحكم بالبراءة لا يجوز حجية بصدد لدعوى المدنية الا في حالات محددة حصراً^(٣٢) . ويتفق الفقه

المصرى على أن الجهل بقانون الاجراءات الجنائية الذى يحدد الحالات التى يجوز فيها القبض وشروط توافر كل حالة يعتبر جهلاً بقانون آخر غير قانون العقوبات وبالتالي يصلح سبباً لنفى القصد الجنائى^(٣٣) على عكس القاعدة المعروفة فى الفقه والتي كرسها قانون العقوبات المصرى فى المادة الخامسة منه بعدم جواز الاعتذار بالجهل بقانون العقوبات . ليسد المشرع ثغره فى الركن المعنوى فى أحد عناصره وهو عنصر العلم . حيث - يفترض العلم بأحكامه بقوة القانون ولا يقبل اثبات العكس . الا استثناءاً ويتوافر عناصر القصد العمدى يتحقق أركان الجريمة بركنيها المادى والمعنوى وكما سبق القول لا يعتد بعد ذلك بالبواعث الدافعة لانكاف الجريمة

ثالثاً : العقوبة :

نص المشرع فى المادة ٢٨٠ على أن تكون العقوبة الغرامة التى لا تتجاوز عشرين جنيه مصرى أو بالحبس . يوشدد

مبدأ القضاة المستقلين

التي نص عليها التشريع
الاجرائي ضمانا لحسن سير
العدالة اذ ان المبدأ الذي أرسنه
محكمة النقض . أنه لا يضير
للعدالة أن يفلت مجرم من العقاب
بقدر ما يضيرها الافتئات على
حريات الناس والقبض عليهم
بدون حق .

تلك الجرائم خاصة اذا وقعت من
أحد الموظفين العموميين .

واذا كنا قد ركزنا على ما يقع
بواسطة رجال الشرطة بصفة
خاصة فذلك لما خولهم القانون
من سلطات تتسع حاليا وعليهم
اللجوء الى الاساليب القانونية

العقوبات طبقا للمادة ٢٨٢ لتصل
الى السجن وقد تصل الى
الاشغال الشاقة المؤقتة اذا اقترن
القبض بالتهديد بالقتل أو
بالتعنيفات البدنية وأخيرا نرى
انه يجب على السادة أعضاء
النيابة بذل ما يكفي من الاهتمام
بصدد ما يبلغ اليهم عن وقوع

يجب ألا يكون القاضي مستقلاً فحسب .. أي متحرراً من كل
تأثير أو سلطة - بل يجب إلى جانب ذلك أن يكون متحرراً
من أي عمل أو علاقات سياسية أو مالية أو التزامات أخرى ،
ليتمكن الشعب من الاعتراف باستقلاله .

القاضي الإنجليزي باركر

- (١) (٢٠١) أ. د. محمد الحسينى مصيلحى . حقوق الإنسان بين الشريعة الإسلامية والقانون الدولى .
تقديم شيخ الأزهر . دار النهضة العربية . ط ١٩٨٨ ص ٤٤ .
- (٣) راجع لمزيد من الشرح فى القبض الباطل الجزء الاول من هذه الدراسة .
صلاح الدين جمال . القبض الغير قانونى وجزاء البطلاق دراسة فى قانونى الاجراءات والعقوبات
المحاماه . العدد الثالث والرابع مارس ١٩٨٩ ص ١١٧ - ١٤٢ .
- راجع ذلك الاستاذ الدكتور رؤوف عبيد مبادئ الاجراءات الجنائية فى القانون المصرى ط ١٥ .
ص ٤٥ ، ٥٩ .
- وراجع المادة ٢٢ من قانون الاجراءات الجنائية .
- (٤) تقابل المواد ٣٤١ الى ٣٤٤ من قانون العقوبات الفرنسى .
- (٥) استاذنا الدكتور أحمد فتحى سرور . الوسيط فى شرح قانون العقوبات القسم الخاص ط ١٩٨٦
ص ٥٤ ومابعدها . وأنظر حكم النقض فى الطعن رقم ١٢٨٦ لسنة ٣٤ ق . ج ١٩٦٤/١٢/٨ .
- (٦) مثلا : فرق القانون الفرنسى بين القبض الواقع من فرض على فرض المادة/ ٣٤١ ع المعدلة بالقانون
رقم ٧٠ - ٤٨٠ الصادر فى ٨ يونيو ١٩٧٠ جاعلا منها جنائية فى جميع صورها عقوبتها الاشغال
الشاقة المؤبدة اذا كان الاعتقال قد تجاوز شهرا والاشغال للشاقة من عشر سنوات الى عشرين اذا كان
الاعتقال لم يتجاوز مدته شهرا ، والحبس من سنتين الى خمسة اذا أطلق سراح المعتقل أو من فى حكمه
قبل تمام اليوم الخامس من الاعتقال . وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن واقعة القبض على فرد أو
اعتقاله بطريقة غير قانونية تشكل جنائية ايا ما كانت مدة الاعتقال . وأن منع الحرية للمعتقل قبل مضي
العشرة ايام أصبحت خمسة وقبل كل تحقيق لا يغير فى طبيعته التصرف ولا يقلب الفعل الى جنحه لكنه
يشكل فقط حالة من حالات العذر القانونى .
- هذا عن القبض الواقع من فرد على فرد ، فاذا كان القبض أو الاعتقال قد وقع من سلطة على فرد أى
من أحد ممثلى السلطة العامة اعتمادا على سلطة وظيفته ، فإن المادة - ١/١١٤ ع هى التى تكون واجبة
التطبيق على مثل هذا الموظف وقد قرر لها المشرع الفرنسى عقوبة التجريد المدنى .
- (٧) راجع فى ذلك . الامتاز الدكتور . محمد زكى أبو عامر . الحماية الجنائية للحريات الشخصية منشأة
المعارف بالاسكندرية ط ١٩٧٩ . ص ٤٥ - ٤٦ .
- (٨) نقض ١٩٤٤/٥/٨ مج . قواعد النقض . ح ٢ رقم ١ ص ٩٣٠ .
- (٩) نقض ١٩٥١/١/١٦ ق مج . قواعد النقض ح ٢ رقم ٦ ص ٩٣١ .
- (١٠) نقض ١٩٥٠/٥/٣٠ ق مج . قواعد النقض ح ٢ رقم ٤ ص .
- (١١) د . قدر عبد الفتاح الشهاوى . جرائم السلطة الشرطية . النهضة المصرية . - ١٩٧٧
ص ٤٦ - ٤٧ .
- (١٢) راجع صلاح الدين جمال مرجع سبق ذكره ص ١١٨ - ١٢٣ .
- (١٣) ومن ثم يكون مايقدره بعض الفقه من أن لفظ القبض يكفى وحده التعبير عن قصد المشرع من
الحبس والحجز هو قول محل نظر من ذلك . أحمد فتحى سرور الوسيط فى قانون العقوبات مرجع سبق
ذكره ص ٥٤٢ .

شواهد

(١٤) ويلاحظ أن مالا يعتبر قبضا في القانون لا تقوم به الجريمة وعلى هذا - على ما سيأتى بيانه - فإن مجرد منع الشخص من الذهاب الى مكان معين لا تقوم به الجريمة كما أنه يستوى في تحقق معنى القبض أن يقع باستعمال القوة والتهديد أو دون استخدامهما مادام قد جاء رغم ارادة المقبوض عليه ، وأن لعب ذلك دوره في مجال العقوبة كما هو واضح من نص المادة ٢٨٢ ع ١٣ راجع في صور هذه الجريمة والتميز بينهما . صلاح الدين جمال مرجع سبق ذكره . وكذلك الاستاذة الدكتورة فوزية عبد الستار . شرح - قانون العقوبات . القسم الخاص دار النهضة العربية ط ١٩٨٢ . ص ٥٠٧ .

(١٥) أنظر في ذلك الاستاذ الدكتور أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص ط ١٩٧٩ ص ٦٤١ .

(١٦) راجع المطلب الاول في الطبيعة القانونية لجريمة القبض على الناس بدون وجه حق . والتعليق على هذه المساواة .

(١٧) من ذلك . نقض ١٩٦٤/١٢/٨ مج أحكام النقض . س ١٥ رقم ١٥٩ ص ٨٠٥ .

(١٨) أ . د . أحمد فتحي سرور الوسيط في قانون العقوبات القسم الخاص . ط الثالثة ١٩٨٥ ص ١٨٠ . وما بعدها .

(١٩) قرب . أ . د فدى عبد الفتاح جرائم السلطة الشرطية . مرجع سبق ذكره . ص ٥٠٩ .

(٢٠) من هذا رأى . الاستاذة الدكتورة فوزية عبد الستار . مرجع سبق ذكره ص ٥٠٩ .

(٢١) المرجع السابق .

(٢٢) استاذنا الدكتور أحمد فتحي سرور . نظرية البطلان في قانون الاجراءات . ط . ١٩٥٩ ص ٤ .

(٢٣) د . فدى عبد الفتاح . مرجع سبق ذكره ص ٤٣ ويشير الى الفقه الفرنسى جاروه ص ١٨٩ .

(٢٤) الاستاذ الدكتور رؤوف عبيد . مبادئ القسم العام من التشريع العقابى ط ٢٠٠٤ ص ٢٧٣ .

المستشار مصطفى مجدى هرجه . التعليق على قانون العقوبات فى ضوء الفقه والقضاء القسم الخاص دار الثقافة . ط . ١٩٨٨ ص ٦ .

(٢٥) راجع فى عناصر العلم والاراده استاذنا الدكتور نبيل مدحت سالم . الخطأ غير العمدى . ط ١٩٨٨ وأستاذنا الدكتور رؤوف عبيد المرجع السابق ص ٢٧٣ .

(٢٦) أ . د . فوزية عبد الستار . مرجع سبق ذكره . ص ٥٠٩ .

(٢٧) المرجع السابق .

(٢٨) د . فدى عبد الفتاح . النظرية العامة مرجع سبق ذكره ص ٢٢٤ .

(٢٩) نقض ١٩٥٦/٤/١٧ فى الطعن رقم ١٤٢٢ .

(٣٠) نقض ١٩٦٧/٤/٤ مج أحكام النقض . س ١٨ رقم ٩٣ ص ٤٩٢ .

(٣١) أ . د . فوزية عبد الستار . المرجع السابق . كذلك المستشار مصطفى مجدى هرجه المرجع السابق والدكتور فدى عبد الفتاح . المرجع السابق .

(٣٢) نقض ١٩٥٨/١٠/٢١ . مج أبو شادى ح ٣ رقم ٣٩٨٩ . ص ١٨٨٦ .

النسار الدكتور المساعد في الدعوى الدستورية

السيد الدكتور / عادل محمد نور
المستشار المساعد بمجلس الدولة

أصبح للقضاء الدستوري في الأمم المتحدة أهمية بالغة تتزايد يوما بعد يوم أملاها دور هذا القضاء في تكريس الشرعية الدستورية واعداءه لأحكام دستور الدولة على ماعداها من أحكام القوانين والتشريعات المعمول بها فيها . والقضاء الدستوري هو القضاء الذي يختص برقابة دستورية التشريعات والفصل في مدى توافقها أو تعارضها مع أحكام الدستور القائم يستوى في ذلك أن تتولى هذا الفصل المحاكم على اختلاف درجاتها كما هو الحال في الولايات المتحدة الأمريكية ، أو أن تباشره محكمة دستورية متخصصة كما هو الوضع في جمهورية مصر العربية .

وتبعا لذلك ، فإن الاختصاص الأصيل للقضاء الدستوري هو الفصل في دستورية التشريعات . أما الاختصاصات الأخرى التي قد يعهد بها الدستور أو المشرع الى المحكمة التي تتولى رقابة دستورية التشريع ، كالاختصاص بتفسير

النصوص التشريعية أو الاختصاص بالفعل في تنازع الاختصاص الايجابي أو السلبي بين جهات القضاء المختلفة ، أو غيرها إنما هي اختصاصات اضافية تباشرها هذه المحكمة الى جانب اختصاصها الأساسي بالفصل في دستورية التشريعات والذي يدور القضاء الدستوري معه بوجوده وعدمه^(٢) .

والواقع أن الدراسات المتعلقة بموضوعات القضاء الدستوري في مصر لم تزل في بداية عهدها ، ولم تزل بعد العناية الكافية خلافا لما حظيت به الموضوعات المتعلقة بالقضاء الإداري . وازاء ذلك نرى انه من اللازم توضيح أهمية موضوعات القضاء الدستوري وافرادها بعناية خاصة باعتبار هذا القضاء هو القائم على حماية أحكام الدستور وهو الذي يواجه سلطة التشريع ويلقى قوة نفاذ أي عمل تفرج به على هذه الأحكام . .

وقد سبق لنا من قبل أن استعرضنا الموضوعات المختلفة

التي يثيرها البحث في القضاء الدستوري ، ويسعدنا أن نقرر أن الخطة التي سرنا على هديها والموضوعات التي تخيرناها للدراسة قد وجدت صدى لدى المشتغلين بالقانون وانعكست واضحة في بعض المؤلفات الصادرة حول هذا الموضوع^(٣) .

وابرازنا لأهمية موضوعات القضاء الدستوري ، فقد رأينا أن نخصص هذه الدراسة لواحد من أهم موضوعات هذا القضاء ، وهو موضوع الآثار التي تترتب على الحكم الصادر في الدعوى الدستورية .

والملاحظ في هذه الخصوص أن السلطات الممنوحة للجهة القضائية المختصة برقابة دستورية التشريعات تضيق وتتسع حسب النظام المطبق ، وتتمثل هذه السلطات في اجراءات سلبية أو ايجابية تتخذها تلك الجهة في شأن التشريع الذي نقضى بعدم دستوريته ويتحدد على ضوءها

أثر الحكم فى الدعوى الدستورية^(٥).

فبعض النظم شأن النظام المطبق فى الولايات المتحدة الأمريكية ، وفى كندا وفى اليابان تسمح لجهة القضائية المختصة برقابة الدستورية بالامتناع عن تطبيق التشريع الذى يتبين لها عدم دستوريتها على النزاع المطروح عليها ، هنا تكون الحجية التى يحوزها الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية حجية نسبية ، لا تتجاوز حدود النزاع الذى كان معروضا أمام المحكمة التى أصدرت الحكم ولا يمتنع معها من الناحية النظرية مكان إعادة تطبيق التشريع الممتنع عن أعماله فى مناسبات أخرى ، ولا يحول دون نسبية هذه الحجية التزام المحاكم العمل بمقتضاها ابتداء لنظام السوابق القضائية ، أو توفيا لتعقيب المحاكم الأعلى فى التنظيم القضائى .

وقد تصل سلطة الجهة القضائية المختصة برقابة الدستورية فى بعض الأنظم كما هو الحال فى سويسرا وإيطاليا إلى إلغاء القانون الذى تقضى بمخالفته للدستور ، ومثل هذا القضاء يحوز حجية مطلقة لانسبية يترتب عليها سقوط التشريع المقضى بعدم دستوريتها

بصورة نهائية من مجال التطبيق .

والى جوار الصورتين المنفصلتين (الامتناع - إلغاء التشريع) توجد صورتان أخريان يعرفهما النظام الأمريكى ، أولاها - إصدار الأمر القضائى بالمنع ، والثانية - هى الالتجاء الى دعوى تقرير الحقوق .

والحجية التى يحوزها الأمر القضائى بالمنع ، وكذلك الحكم التقريرى حجية نسبية شأنهما فى ذلك شأن الحكم بالامتناع .

وقد أشار روبرت جاكسون أحد قضاة المحكمة الاتحادية العليا الأمريكية الى هذه الحجية النسبية التى تحوزها الأحكام والقرارات القضائية فى المسائل الدستورية حين قرر أنه على الرغم من عمومية منطوق هذه الأحكام أو القرارات فإن حجيتها تكون مقصورة على أطراف الدعوى ، أما بالنسبة للآخرين فلا يتعدى أثر هذه الحجية الدلالة على الاتجاهات المستقبلية للقضاء باعتبار الحكم سابقة قضائية من المستحب أن تتبعها المحاكم فى الحالات المماثلة^(٥) .

وفى مصر استقرت الأوضاع - قبل إنشاء المحكمة العليا - فى الوقت الذى قرر فيه القضاء حقه فى رقابة دستورية

التشريعات على قصر سلطة المحكمة عندما تتبين عدم دستورية التشريع على الامتناع عن تطبيقه على واقعات الدعوى ، فكانت الرقابة القضائية على الدستورية هى رقابة امتناع لأكثر ، ومثل هذا الامتناع يقتصر أثره على إهمال أعمال التشريع ، ولا يحول ذلك دون إمكان إعادة تطبيقه عن طريق أى محكمة أخرى ، بل وعن طريق ذات المحكمة التى سبق وأن امتنعت عن تطبيقه ، وذلك عند تعرضها لقضية أخرى . ومن ثم ، فإنه فى الفترة السابقة على إنشاء المحكمة العليا كانت رقابة الامتناع لا تلغى التشريع الذى يتبين للمحكمة عدم دستوريتها ، وكانت حجية هذا الامتناع حجية نسبية مقصورة على حدود الدعوى التى يتم فيها ، ولا تخرج عليها .

وقد اختلف هذا الوضع فى عهد المحكمة العليا ، والواقع أن نصوص قانون المحكمة رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ لم تتضمن بيانا للآثر الذى يترتب على الحكم فى الدعاوى الدستورية غير أن المشرع سرعان ما تدارك ذلك عندما أصدر القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ المشار اليه اذ قضى فى المادة ٣١ منه بأن ينشر فى الجريدة الرسمية منطوق الأحكام الصادرة من المحكمة العليا

بالفصل فى دستورية القوانين ،
وتكون هذه الأحكام ملزمة لجميع
جهات القضاء .

وحين صدر دستور سنة
١٩٧١ تطلب فى المادة ١٧٨
منه نشر أحكام المحكمة
الدستورية العليا فى الدعاوى
الدستورية فى الجريدة
الرسمية ، وقضى بأن ينظم
القانون ما يترتب على الحكم
بعدم دستورية النصوص من
آثار .

وتنفيذا لذلك ، فإن قانون
المحكمة الدستورية العليا بعد أن
نص فى المادة ٢٥ أولا منه على
عقد الاختصاص للمحكمة
الدستورية العليا دون غيرها
بالفصل فى دستورية القوانين
واللوائح ، نص فى المادة ٤٨
على أن أحكام المحكمة
وقراراتها نهائية ، وغير قابلة
للطعن ، وقضت المادة ٤٩ منه
بأن أحكام المحكمة فى الدعاوى
الدستورية ملزمة لجميع سلطات
الدولة ولكافة ، وتنشر هذه
الأحكام فى الجريدة الرسمية
بغير مصروفات خلال خمسة
عشر يوما على الأكثر من
صدورها ، ويترتب على الحكم
بعدم دستورية نص فى قانون أو
لائحة عدم جواز تطبيقه من
اليوم التالى لنشر الحكم ، فإذا
كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا

بنص جنائى تعتبر الأحكام التى
صدرت بالادانة استنادا الى ذلك
النص كأن لم تكن .

وهكذا جاءت أحكام قانون
المحكمة الدستورية العليا أكثر
تفصيلا فى هذا المجال ، ولم
تترك الأمر للاجتهاد القضائى بل
حسمته بنصوص صريحة .

تقسيم :

وتبعا لما تقدم يقتضى بحث
أثر الحكم الصادر فى الدعوى
الدستورية فى عهد المحكمة
العليا ، وكذلك فى ظل المحكمة
الدستورية العليا الرقوف - من
خلال الأحكام القانونية التى
تعرضت لبيان هذا الأثر مع
استعراض أحكام القضاء فى هذا
الخصوص - على حجية الحكم
الصادر فى الدعوى الدستورية ،
وأثره فى الغاء قوة نفاذ النص
المقضى بعدم دستوريته ، مع
تحديد النطاق الزمنى لتنفيذه ،
وكذلك سيطرت عليه من خروج
النزاع من ولاية المحكمة ، وهو
ماتناوله فى الفصول الأربعة
الآتية :

★ الفصل الاول - حجية
الحكم الصادر فى الدعوى
الدستورية .

★ الفصل الثانى - الحكم
بعدم الدستورية يلغى قوة نفاذ
النص التشريعى .

★ الفصل الثالث - النطاق
الزمنى لتنفيذ الحكم الصادر فى
الدعوى الدستورية .

★ الفصل الرابع - خروج
النزاع من ولاية المحكمة
الدستورية العليا .

الفصل الاول

حجية الحكم الصادر فى
الدعوى الدستورية

تقسيم :

نستعرض - فى بحثين -
مفهوم هذه الحجية فى قضاء
المحكمة العليا ، ثم فى قضاء
المحكمة الدستورية العليا على
التوالى :

المبحث الاول

حجية الحكم الصادر فى
الدعوى الدستورية فى
قضاء المحكمة العليا

استقام قضاء المحكمة العليا
على أن الخصومة فى الدعوى
الدستورية خصومة عينية توجه
الى النص الطعين ذاته توصلا
الى الحكم بعدم دستوريته ، مما

يقتضى أن يحوز الحكم الصادر
فى هذه الدعوى حجية مطلقة
ينسحب أثرها الى كافة لا حجية
نسبية يقتصر أثرها على أطراف
النزاع ، وفى ذلك قضت
المحكمة فى الدعوى الدستورية
رقم ٢ لسنة ٢ القضائية بجلبة

أول مارس سنة ١٩٧٥ «بأن الدعوى الدستورية شأنها غير شأن الدعوى العادية ، لأن الخصومة فيها عينية تستهدف الطعن فى النص القانونى للحصول على حكم بعدم دستوريته ويكون الحكم الصادر فيها حجة على الكافة طبقا للمادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة» (٦) ، وهو ما قضت به فى الدعوى الدستورية رقم ٤ لسنة ٥ القضائية بجلسة ٣ من ابريل سنة ١٩٧٦ (٧) ، وعادت وأكنته بحكمها فى الدعوى الدستورية رقم ١٦ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٧٧ الذى تضمن أن الخصومة فى الدعوى الدستورية إنما توجه ضد النصوص التشريعية المطعون فيها لعيب دستوري ، ومن ثم ، فهي خصومة عينية ، وتكون الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية أى نص تشريعى ملزمة لجميع جهات القضاء عملا بالمادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ التى تضى عليها حجية مطلقة ، فلا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى التى صدرت بشأنها ، بل ينصرف هذا الأثر الى الكافة ، بحيث اذا أثير طعن

فى دعوى تالية بشأن عدم دستورية نص سبق للمحكمة العليا القضاء بعدم دستوريته كانت هذه الدعوى غير ذات موضوع ، وبالتالي غير مقبولة» (٨) .

واذا كان من المقرر أن هذه الحجية المطلقة تشمل جميع الأحكام الصادرة بعدم الدستورية فإن التساؤل يثور فى شأن غيرها من الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية ؟

ويلاحظ هنا أنه فى الأحكام التى تفصل فيها المحكمة فى دستورية النصوص المطروحة عليها ، وتقتصر على بحث شكل الدعوى ، وتنتهى الى عدم قبولها لعدم توافر الشروط المتطلبة لذلك كشرط الميعاد أو كشرط المصلحة ، فإن هذه الاحكام لا تحوز حجية مطلقة ، وإنما تكون حجيتها نسبية لا تمنع المحكمة من اعادة نظر دستورية ذات النص الذى سبق وأن قضت بعدم قبول الدعوى المطعون فيها عليه ، وذلك اذا توافرت الشروط اللازمة لقبول الدعوى الدستورية ، واتصلت بالمحكمة اتصالا مطابقا للاوضاع المقررة قانونا ، فالمحكمة لم يسبق لها نظر الموضوع ، ولا ينبغى ان يكون عدم القبول حائلا دون نظره بعد ذلك عند استيفاء الشروط

المتطلبة قانونا (٩) .

أما الأحكام الصادرة برفض الطعن ، وبالتالي بدستورية النص المطعون عليه فهى التى أثارت التساؤل حول مدى تمتعها بالحجية المطلقة من عدمه ؟ وقد عرض هذا الامر أمام المحكمة العليا فى الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ٣ القضائية ، والتى طعن فيها بعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ بتعيين حد أقصى لملكية الأسرة والفرد فى الاراضى الزراعية وما فى حكمها ، والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ - بتفويض رئيس الجمهورية فى اصدار قرارات لها قوة القانون على الرغم من أن المحكمة سبق لها أن قضت فى دعوى أخرى برفض الطعن بعدم دستورية هذين التشريعين فدفعت الحكومة باعتبار الخصومة منتهية مستندة فى ذلك الى أن «الدعوى الدستورية دعوى عينية تستهدف الطعن فى التشريع للحصول على حكم بعدم دستوريته ، وأن المحكمة العليا فى ممارستها للرقابة القضائية على دستورية القوانين طبقا لقانون انشائها لا تتقيد بالأسباب التى يبيدها المدعى فى الدعوى ، فلها أن تستظهر أسباب أخرى غير مآبدى فيها ، وتبسط رقابتها كاملة فى هذا الشأن ،

لذلك يكون الحكم الذى يصدر فى الدعوى الدستورية له حجية على كافة يستوى فى ذلك الحكم الذى يصدر بعدم دستورية النص ، والحكم الذى يقضى برفض الدعوى ، وعلى مقتضى ذلك نصت المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ على أن تنشر فى الجريدة الرسمية الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ، وتكون هذه الاحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، والمستفاد من اطلاق النص وورود عبارة «الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين» عامة دون تخصيص أن الاثر الذى رتبته القانون ، وهو التزام جميع جهات القضاء بها يشمل تلك الاحكام كافة سواء قضت بعدم دستورية النص أم قضت برفض الدعوى ، ولما كانت المحكمة العليا سبق أن قضت برفض دعوى خاصة بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ، وقرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ، ونشر قضاؤها فى هذا الشأن فى الجريدة الرسمية طبقاً للمادة ٣١ آنفة الذكر ، فإن الخصومة فى هذه الدعوى ، وقد تضمنت طلب

الحكم بعدم دستورية هذين التشريعين تكون منتهية لسبق الفصل فى دعوى الدستورية المقامة بشأنهما .

غير أن المحكمة لم تسأير دفاع الحكومة ، وإنما اتجهت الى رفض تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر برفض الدعوى الدستورية مقيمة قضاءها على أن الدفع المشار إليه مردود بأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التى تمارسها المحكمة العليا من خلال الفصل فى الدعاوى الدستورية طبقاً للفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٨١ لسنة ١٩٦٩ تستهدف حماية الدستور وصرنه ، وذلك عن طريق انهاء قوة نفاذ النص المخالف للدستور ، ولما كانت الدعوى الدستورية دعوى عينية توجه فيها الخصومة الى التشريع ذاته فإن مقتضى ذلك ان الحكم الذى يصدر بعدم دستورية نص تشريعى يلغى قوة نفاذ هذا النص ، ويغدو معدوماً من الناحية القانونية ، ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة ، ولما كان هذا الاثر لا يقبل التجزئة بطبيعته فإن حجية الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعى لا تقتصر على اطراف النزاع فى الدعوى التى قضى

فيها فقط ، وإنما ينصرف أثر هذا الحكم الى كافة ، ويكون حجة عليهم ، والأمر يختلف بالنسبة الى حجية الحكم الذى يصدر من المحكمة العليا برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعى ، فهذا الحكم لا يمس التشريع الذى يطعن بعدم دستوريته فيظل هذا التشريع قائماً بعد صدور الحكم ، ولا يحوز الحكم المذكور سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، لذلك يجوز أن يرد الطعن بعدم الدستورية على هذا التشريع القائم مرة أخرى ، ولا وجه للقول بأن المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم امام المحكمة العليا الصادر بالقانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٧٠ اذ تنص على نشر منطوق الاحكام الصادرة من المحكمة العليا بالفصل فى دستورية القوانين ، وتكون هذه الاحكام ملزمة لجميع جهات القضاء فإنها تعنى التزام جهات القضاء بالاحكام الصادرة بالفصل فى دستورية القوانين كافة ، يستوى فى ذلك الاحكام الصادرة بعدم دستورية نص تشريعى ، والاحكام الصادرة برفض الطعن ، وتكون لهذه الاحكام جميعها حجية على كافة ، ذلك أن المادة ٣١ المشار اليها بنصها على التزام جميع جهات القضاء بالاحكام

الصادرة من المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية إنما تعنى بحكمها الأحكام الصادرة من المحكمة العليا بعدم دستورية النصوص التشريعية فحسب ، إذ أن النص على التزام جميع جهات القضاء بهذه الأحكام مرده إلى الأثر الذي يترتب على صدورها ، ويتمثل في إنهاء قوة نفاذ النص التشريعي ، واكتساب الحكم حجية على الكافة نتيجة لانتهاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته ، وأما الأحكام الصادرة برفض الطعن بعدم دستورية نص تشريعي فإنها لا تمس التشريع المطعون فيه ، ولا يكون لهذه الأحكام سوى حجية نسبية بين أطرافها على ما تقدم ، لذلك تنتفى الحكمة والعلة من التزام جميع جهات القضاء بها ، ومن ثم ، فلا يعدو نشر الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية برفض الطعن في نص تشريعي في الجريدة الرسمية أن يكون إعلاناً لمنهج المحكمة في رقابة دستورية القوانين ، والتعريف بهذا القضاء ، والتبصير به كي يستهدى به عند إثارة الطعون بعدم الدستورية أمام جهات القضاء ، ولا يترتب عليه أن تكون هذه الأحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، يؤيد هذا النظر أنه من المسلم في دعوى إلغاء

القرارات الإدارية ، وهي دعوى عينية تهدف إلى إلغاء القرارات الإدارية وإعدام آثارها فهي مماثلة في طبيعتها للدعوى للدعوى الدستورية - إن الحجية على الكافة مقصورة على الأحكام التي تصدر في هذه الدعوى بالإنهاء وذلك نتيجة لإعدام القرار الإداري في دعوى هي في حقيقتها اختصاص له في ذاته ، أمام الأحكام الصادرة برفض الطعن فليس لها سوى حجية نسبية بين أطراف النزاع ، وعلى هذا تنص صراحة المادة ٥٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ حيث تقول «تسري في شأن جميع الأحكام القواعد الخاصة بقوة الشيء المحكوم فيه ، على أن الأحكام الصادرة بالإنهاء تكون حجة على الكافة» .

ومن حيث أنه لما تقدم فإن قضاء هذه المحكمة برفض الطعن بعدم دستورية القانون رقم ١٥ لسنة ١٩٦٧ ، وعدم دستورية قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٩ ليس له حجية على الكافة ، ولا يحول دون الفصل في الدعوى القائمة المرفوعة من مدعين لم يكن أيهما طرفاً في الدعوى التي قضى فيها برفض الطعن بعدم دستورية التشريعين أنفسهم

الذكر ، ومن ثم ، يكون الدفع باعتبار الخصومة منتهية غير قائم على أساس سليم من القانون متعيناً رفضه ،^(١٠) .

وهكذا اتجهت المحكمة العليا إلى أن الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية لا تحوزها إلا الأحكام الصادرة بعدم الدستورية دون الأحكام الصادرة برفض الدعوى ، وبالتالي بدستورية النص التشريعي المطعون عليه ، وقد أيد البعض^(١١) هذا الاتجاه ، الذي يجد مصدره في النظام المعمول به في إيطاليا ، حيث تعتبر الأحكام الصادرة عن المحكمة الدستورية الإيطالية بعدم الدستورية حجة على الكافة ، أما أحكامها برفض الطعن فإنها لا تحوز إلا حجية نسبية ، وليس هناك ما يمنع من إعادة إثارة المسألة الدستورية التي تضمنتها ، ولو من ذات الخصوم في نزاع آخر يكون بينهم^(١٢) ، كما أنه اتجاه يستند إلى الاعتبارات التي أدت إلى تقرير الحجية النسبية للحكم بالرفض في دعوى الإلغاء أمام القضاء الإداري ، والتي تقوم على نظرية احتمالات الخطأ Les Chances d'erreur ، فاحتمالات الخطأ في حالة رفض الدعوى أقوى منها بكثير في حالة قبولها وإلغاء القرار ، وعند

الرفض يبقى القرار قائما ، ولا يعنى الرفض أكثر من أن المحكمة لم تقتنع بما استند اليه المدعى فى دعواه ، وقد تكون ثمة أسانيد جديدة مما لا تملك المحكمة اثارها من تلقاء نفسها تقطع بعدم مشروعية القرار (١٣) .

المبحث الثانى

حجية الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فى قضاء المحكمة الدستورية العليا

اطرد قضاء المحكمة الدستورية العليا - شأن قضاء المحكمة العليا - على تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية استنادا الى أن مؤدى نصوص الدستور وقانون انشاء المحكمة أن الاحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية ، وهى بطبيعتها دعاوى عينية توجه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستورى ، تكون لها حجية مطلقة لا يقتصر أثرها على الخصوم فى الدعاوى التى صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الأثر الى الكافة وتلتزم بها جميع سلطات الدولة (١٤) .

على أنه فيما يتعلق بنطاق هذه الحجية ، ومدها الى الاحكام

الصادرة بالرفض فى الدعوى الدستورية ، فإن المحكمة اتخذت موقفا مناقضا من قضاء المحكمة العليا المشار اليه ، فهذا القضاء منتقد وبحق وفقا لما ذهب اليه جانب من الفقه تأسيسا على أنه اذا كانت المحكمة من تقرير الحجية النسبية بالنسبة للاحكام الصادرة بالرفض من القضاء الادارى أنه قد توجد أسانيد أخرى مما لا تملك المحكمة اثارها من تلقاء نفسها ، تقطع بعدم مشروعية القرار ، فإن هذه الحجية لوجود لها بالنسبة للحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا برفض عدم الدستورية ، فالمحكمة لا تقتصر على الأسباب التى أبداه الطاعن فى طعنه ، وإنما تسترد كامل سلطتها بالنسبة للقانون أو اللائحة المطعون بعدم دستوريته ، كما أن للمحكمة حق التصدى من تلقاء نفسها للنص غير الدستورى مما يعطيها الحق فى أن تتصدى لأى نص ترى عدم دستوريته فى قانون أو لائحة معروضة أمامها ، وبالإضافة الى ذلك فإن نص الفقرة الاولى من المادة ٤٩ من قانون المحكمة حين قرر أن احكام المحكمة فى الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة ، لم يفرق بين الحكم بعدم الدستورية والحكم برفض الطعن مما يدل على أن

المشرع قد أراد أن تكون الحجية واحدة سواء بالنسبة لأحكام القبول أو الرفض الموضوعى (١٥) .

وهذا الاتجاه الأخير هو الجدير بالتأييد لأسبابه ، كما وأن الدعوى الدستورية وإن كانت تشترك مع دعوى الغاء القرار الادارى فى الانتماء الى القضاء العينى ، إلا أن الفروق تظل بينهما قائمة ومستندة فى الأساس الى تعلق الاولى بقضاء الدستورية ، واتصال الثانية بقضاء المشروعية ، ومن شأن هذا الخلاف أن تختلف آثار الحكم فى كل دعوى من الدعاوى بالنظر الى طبيعتها ، وإلى تحديد المشرع لهذه الآثار ، ولما كان ذلك ، وكان تسويد أحكام الدستور يقتضى تقرير الحجية المطلقة للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية سواء بعدم الدستورية أم بالرفض الموضوعى سواء بمسواه ، وكان المشرع قد أقر هذا النظر حين أطلق الحجية لهذه الاحكام دون أن يفرق بينها ، فمن ثم ، فإنه يتعين أعمال مقتضى ذلك ، وتقرير الحجية المطلقة لا النسبية للحكم الصادر بالرفض الموضوعى فى الدعوى الدستورية .

ولكل ذلك فقد نقيضت

المحكمة الدستورية العليا قضاء المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ٣ القضائية المشار إليها ، وتواترت احكامها على ان الحجية المطلقة للأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية تحوزها الاحكام الصادرة بعدم الدستورية وتلك الصادرة برفض الدعوى ، وفي ذلك ذهبت المحكمة في القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية بجلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٨٢ : الى أن مؤدى حكم الفقرة الاولى من المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا التي تعقد لها الاختصاص دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين ، وحكم المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم امامها التي تقضى بنشر منطوق الاحكام الصادرة عنها بالفصل في دستورية القوانين ، وبأن تكون هذه الاحكام ملزمة لجميع جهات القضاء ، ان للأحكام الصادرة في الدعوى الدستورية حجية مطلقة لانسيبية ، تنصرف الى الكافة ، وتلتزم بها جميع جهات القضاء سواء أكانت هذه الاحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم الى دستوريته ، ورفض الدعوى على هذا الاساس ، وذلك لعموم نص المادة الرابعة من قانون المحكمة العليا ، والمادة ٣١ من

قانون الاجراءات والرسوم امامها ... ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اخصت بها المحكمة العليا دون غيرها هي رقابة شاملة ، تمتد الى حكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، والى تقرير دستوريته ، وبالتالي سلامته من جميع العيوب ، وأوجه البطلان، (١٦) .

وفي القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٣ القضائية قضت المحكمة بجلسة ٥ من نوفمبر سنة ١٩٨٣ بأن الفقرة الاولى من المادة ١٧٥ من الدستور قد نصت على أن (تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ...) ، كما قضت المادة ١٧٨ من الدستور بأن (تنشر في الجريدة الرسمية الاحكام الصادرة من المحكمة الدستورية العليا في الدعوى الدستورية) ، ونصت المادة ١/٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون

رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن (أحكام المحكمة في الدعوى الدستورية وقراراتها بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة وللکافة) ، ومؤدى ذلك أن الاحكام الصادرة في الدعوى الدستورية - وهي بطبيعتها

دعوى عينية توجه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية المطعون فيها بعيب دستوري - تكون لها حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعوى التي صدرت فيها ، وانما يتصرف هذا الاثر الى الكافة ، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة ، سواء أكانت هذه الاحكام قد انتهت الى عدم دستورية النص التشريعي المطعون فيه أم الى دستوريته ، ورفض الدعوى هذا الاساس ، وذلك لعموم نصوص المادة ١٧٥ ، ١٧٨ من الدستور والمادة ١/٤٩ من قانون المحكمة المشار إليها ، ولأن الرقابة القضائية على دستورية القوانين التي اخصت بها المحكمة الدستورية العليا دون غيرها هي رقابة شاملة تمتد الى الحكم بعدم دستورية النص فتلغى قوة نفاذه ، والى تقرير دستوريته ، وبالتالي سلامته من جميع العيوب ، وأوجه البطلان، (١٧) .

وهو ما رددته المحكمة أيضا بحكمها بجلسة ١٧ من مارس سنة ١٩٨٤ في القضية الدستورية رقم ١٣٦ لسنة ٥ القضائية، (١٨) وبحكمها بجلسة ٤ من يونيو سنة ١٩٨٨ في القضية الدستورية رقم ٩٩ لسنة ٤ القضائية ، والقضية الدستورية رقم ١٠ لسنة ٧

القضائية،^(١٩) وبحكمها بجلسة ١٩ من يونيه سنة ١٩٨٨ فى القضية رقم ٥ لسنة ٧ القضائية (منازعة تنفيذ)^(٢٠).

ومن أحدث الأحكام التى أكدت فيها المحكمة على هذا المبدأ أحكامها بجلسة ٤ من فبراير سنة ١٩٨٩ فى القضايا الدستورية أرقام ٦٧ لسنة ٣ و ٤ لسنة ٤ و ١٣٣ لسنة ٤ و ١٢٥ لسنة ٥ و ١٤٣ لسنة ٥ و ٢٤ لسنة ٦ و ٢٨ لسنة ٨ القضائية، وأحكامها بجلسة ٤ من مارس سنة ١٩٨٩ فى القضايا الدستورية أرقام ٦٨ و ٦٩ لسنة ٣ و ٣٧ لسنة ٤ و ٣٢ لسنة ٧ القضائية، وحكمها بجلسة ١٨ من مارس سنة ١٩٨٩ فى القضية الدستورية رقم ٧٠ لسنة ٤ القضائية، وحكمها بجلسة أول ابريل سنة ١٩٨٩ فى القضية الدستورية رقم ١٠٩ لسنة ٤ القضائية^(٢١).

وهكذا استقام قضاء المحكمة الدستورية العليا - وبحق - على تقرير الحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية سواء بعدم الدستورية أم بالرفض، وسواء صدرت عن هذه المحكمة أم كانت صادرة عن المحكمة العليا - على ماتضمنه الحكم فى القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢

القضائية المشار اليه، ولذلك قضت المحكمة الدستورية العليا فى القضية رقم ٣ لسنة ٨ القضائية (منازعة تنفيذ) بجلسة ٤ من يونيه سنة ١٩٨٨ بعدم قبول الدعوى التى استهدفت اصدار حكم تفسيري، ينكر الحجية المطلقة للأحكام التى أصدرتها المحكمة العليا اعمالا لقانونها، ويعتبرها ذات حجية نسبية قولا من المدعى أن هذه المحكمة وأعضائها كانوا لا يتمتعون طوال فترة ولايتهم بالحصانة القضائية، وأن قانون انشائها صدر بايعاز من السلطة التنفيذية، ولقد استظهرت المحكمة الدستورية العليا فى هذا الحكم أن المدعى يتغيا انكار الحجية المطلقة التى أسبغتها هذه المحكمة فى القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية المشار اليها على أحكام المحكمة العليا مستندة فى ذلك الى النصوص المنظمة لعملها، وأخذة فى اعتبارها طبيعة الدعوى الدستورية التى كان المشرع قد خص المحكمة العليا بنظرها وأفردها بها، وكذلك نطاق الرقابة القضائية التى باشرتها المحكمة العليا على دستورية القوانين مستخلصة من ذلك كله انسحاب حجية الاحكام التى أصدرتها المحكمة العليا الى الكافة، وتبعاً لذلك رأت

المحكمة الدستورية العليا أن الجدل فى قيام هذه الحجية، أو انتقائها ينحل الى طعن مباشر فى الحكم الصادر عنها فى القضية الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية المشار اليها بالمخالفة لنص المادة ٤٨ من قانون انشائها الذى يقضى بأن أحكام المحكمة، وقراراتها نهائية، وغير قابلة للطعن^(٢٢).

وبعد أن بينا نطاق الحجية للحكم الصادر فى الدعوى الدستورية، تجدر ملاحظة أنه ولئن كان مقتضى الحجية المطلقة التى يحوزها هذا الحكم سواء أكان بعدم الدستورية أم بالرفض ألا تثار المسألة الدستورية التى تضمنها من جديد أمام المحكمة الدستورية العليا فإن ثمة حالة وحيدة يمكن أن تتم فيها إعادة عرض هذه المسألة على المحكمة التى تتولى عندئذ الفصل فيها دون أن يكون فى ذلك خروج على الحجية المطلقة للحكم الذى سبق صدوره فى شأنها، وتتحقق هذه الحالة عندما يصدر دستور جديد، أو يعدل الدستور القائم، ويصبح النص التشريعى الذى سبق للمحكمة أن قررت دستوريته مخالفا للدستور الجديد، أو التعديلات المستحدثة، فالأصل العام أن المرجع فى دستورية تشريع

معين يكون الى أحكام الدستور الذي صدر هذا التشريع في ظلها وذلك طوال فترة سريانها ، فاذا استبدلت بها أحكام دستورية هذا التشريع ، (٢٣) وهذا هو ما يقتضيه تسويد أحكام الدستور القائم على ماعداها .

وفيما عدا الحالة السابقة فان النزاع الدستوري الذي سبق القضاء بعدم دستوريته ، أو برفض الدعوى الدستورية بشأنه لا يجوز أن يتجدد أمام المحكمة الدستورية العليا مرة أخرى ، لأن الحكم الذي صدر بشأنه له حجية مطلقة ، تحسم الخصومة بشأن دستورية النصوص الطعينة ، حسما مانعا من نظر أي طعن يثور من جديد بشأنها (٢٤) .

الفصل الثاني

الحكم بعدم الدستورية يلغى قوة نفاذ النص التشريعي

في عهد المحكمة العليا وعلى ضوء ماقرره قانون انشائها في الفقرة الأولى من مادته الرابعة من اختصاصها دون غيرها برقابة دستورية القوانين ، وما أوجبه المادة ٣١ من قانون الاجراءات والرسوم أمامها من نشر منطوق الاحكام الصادرة عنها بالفصل في المسائل الدستورية في الجريدة الرسمية مع اعتبارها ملزمة لجميع جهات

القضاء ، كان من المقرر أن الحكم الصادر بعدم دستورية نص تشريعي يلغى قوة نفاذ هذا النص فيغدو معدوما من الناحية القانونية ، ويسقط كتشريع من تشريعات الدولة (٢٥) .

وظل هذا الوضع متحققا في ظل أحكام قانون المحكمة الدستورية العليا ، وذلك اعمالا لنص المادة ٤٩ من قانون المحكمة التي تقضى بأن أحكامها في الدعاوى الدستورية ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة ، ويتم نشرها في الجريدة الرسمية ، ويترتب على الحكم بعدم الدستورية عدم جواز تطبيق النص من اليوم التالي لتاريخ نشر الحكم ، فاذا تعلق هذا الحكم بنص جنائي اعتبرت الاحكام التي صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن .

وتطبيقا لهذه الأحكام اطردت المحكمة الدستورية العليا على القضاء بأن الأثر المترتب على الحكم بعدم دستورية النصوص التشريعية هو الغاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته (٢٦) .

وقد ذهب رأى في الفقه الى أن الحكم بعدم الدستورية سواء أفي عهد المحكمة العليا أم في

ظل المحكمة الدستورية العليا يلزم محكمة الموضوع بالامتناع عن تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته ، ولكنه لا يلغى هذا النص الذي يبقى قائما من الناحية النظرية المجردة حتى يلغيه المشرع ، وان كان سيفقد قيمته العملية من الناحية التطبيقية ، لأن جميع المحاكم ستمتنع عن تطبيقه اعمالا للحجية المطلقة للحكم الصادر بعدم الدستورية (٢٧) .

وواقع الأمر أن ما يترتب على الحكم الصادر بعدم الدستورية ، ونشره طبقا لما أوجبه الدستور في المادة ١٧٨ منه ، وبينته المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، وما استقر عليه قضاء المحكمة هو الغاء قوة نفاذ النص المقضى بعدم دستوريته ، وهذا الأثر يتساوى عملا مع الالغاء بعد أن سقط هذا النص من مجال التطبيق وفقا للتحديد الذي رسمه المشرع ، بحيث لا يكون بوسع أية جهة تطبيقه خلافا لحكم المحكمة الدستورية العليا الصادر بعدم دستوريته .

الفصل الثالث

النطاق الزمني لتنفيذ الأحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية

يقصد بفكرة النطاق الزمني

لتنفيذ الاحكام الصادرة في
الدعاوى الدستورية : تحديد
التاريخ الذى تمتد اليه آثار
الحكم ، وبالتالي الوقوف على ما
اذا كانت هذه الاحكام تنفذ بالنسبة
للمستقبل فقط أو يكون لها أثر
رجعى فى بعض الحالات ،
ولا تتور هذه الفكرة الا بالنسبة
للاحكام الصادرة بعدم الدستورية
باعتبارها أحكاما كاشفة للعوار
الذى يعيب التشريع ، ويؤدى الى
الحكم بعدم دستوريته مما يتطلب
تحديد النطاق الزمنى لتنفيذها أما
ما عدا ذلك من أحكام كذلك
الصادرة بعدم القبول أو بالرفض
فانها لا تمس دستورية التشريع
الطعين ، فلا تتور والحالة هذه
أية تساؤلات حول تنفيذها
زمنيا .

ولذلك فقد عنى المشرع
بتحديد النطاق الزمنى لتنفيذ
الحكم بعدم الدستورية حين نص
فى المادة ٤٩ من قانون المحكمة
الدستورية العليا على أن «...
ويترتب على الحكم بعدم
دستورية نص فى قانون أو
لائحة عدم جواز تطبيقه من
اليوم التالى لنشر الحكم .

! فاذا كان الحكم بعدم
الدستورية متعلقا بنص جنائى ،
تعتبر الأحكام التى صدرت
بالادانة استنادا الى ذلك النص
كأن لم تكن . ويقوم رئيس هيئة

المفوضين بتبليغ النائب العام
الحكم فور النطق به لاجراء
مقتضاه .

وتعليقا على هذا النص
وردت المذكرة الايضاحية أنه
نص ورد فى بعض القوانين
لمقارنة ، واستقر الفقه والقضاء
على أن مؤداه هو عدم تطبيق
النص ليس فى المستقبل
فحسب ، وانما بالنسبة الى
الوقائع والعلاقات السابقة على
صدور الحكم بعدم دستورية
النص ، على أن يستثنى من هذا
الآثر الرجعى الحقوق والمراكز
التي تكون قد استقرت عند
صدوره بحكم حاز قوة الامر
المقضى ، أو بانقضاء مدة
تقادم .

أما اذا كان الحكم بعدم
الدستورية متعلق بنص جنائى ،
فان جميع الأحكام التى صدرت
بالادانة استنادا الى ذلك النص
تعتبر كأن لم تكن ، حتى ولو
كانت أحكامها باثة .

والبادى من ذلك أن المشرع
اقتبس أحكام هذا النص من
النظام المعمول به فى ايطاليا
حيث انتهى القضاء والفقه على
ضوء تفسيرهما لأحكام
الدستور ، وأحكام قانون
المحكمة الدستورية الايطالية الى
اعتبار النصوص التى يقضى
بعدم دستوريته غير نافذة من

اليوم التالى لنشر الحكم ، لا
بالنسبة الى المستقبل فحسب ،
ولكن بالنسبة الى الوقائع
والعلاقات السابقة فلا تطبق أيضا
عليها ، ويستثنى من هذا الآثر
الرجعى للحكم بعدم الدستورية
الحقوق والمراكز التى تكون قد
تقررت عند صدوره بحكم حاز
قوة الامر المقضى ، أو أصبحت
بأية بالقضاء مدة تقادم أو سقوط ،
كما أنه ثمة استثناء آخر تضمنه
قانون المحكمة مقتضاه أنه
يترتب على الحكم بعدم
الدستورية وقف تنفيذ الأحكام
الجنائية النهائية الصادرة بالعقوبة
استنادا الى القانون الذى تقررت
عدم دستوريته مع ما يترتب عليها
من آثار جنائية^(٢٨) .

وتبعاً لذلك فإنه ولئن كان
ظاهر نص المادة ٤٩ من قانون
المحكمة الدستورية العليا يوحى
بأن نفاذ الحكم بعدم الدستورية
يكون بالنسبة للمستقبل ، اذ نص
على عدم جواز تطبيق النص
المقضى بعدم دستوريته اعتبارا
من اليوم التالى لنشر الحكم الا
أن تفسير هذا النص بمراعاة ما
أوردته المذكرة الايضاحية ،

وبعد الرجوع الى النظام المقتبس
منه ، يؤدى الى تقرير الآثر
الرجعى للحكم الصادر بعدم
الدستورية فى الحدود المناسبة
باعتبار أن الحكم يكشف حالة

البطلان التي أصابت التشريع المقضى بعدم دستوريته منذ أن لحقته ، ولا ينشئها ، ويفقد مقوماته كتشريع منذ اللحظة التي تحققت فيها مخالفتها للدستور^(٩) ، مما يقتضى اهدار مارتبه من آثار مع الأخذ في الاعتبار دواعى استقرار الحقوق والمراكز القانونية .

ومن ثم ، فإن الحكم بعدم الدستورية لا يقتصر أعماله على المستقبل فحسب ، وإنما ينسحب بأثر رجعى ، ليعمل حكم الدستور في شأن الوقائع التي نشأت في ظل التشريع ، كما بعدم دستوريته ، وترتبت بمقتضاه آثارها ، ولذلك فإن القضاء الدستوري يقبل الطعن في دستورية التشريع حتى ولو ألغى هذا التشريع أو عدل ،

وذلك ممن طبق عليه خلال فترة نفاذه ، وترتبت بمقتضاه آثار قانونية بالنسبة له ، وأساس ذلك أن الأصل في تطبيق القاعدة القانونية أنها تسرى على الوقائع القانونية التي تتم في ظلها - أى خلال الفترة من تاريخ العمل بها حتى تاريخ الغائها - فإذا ألغيت قاعدة قانونية ، وحلت محلها قاعدة قانونية جديدة ، فإن القاعدة الجديدة تسرى من الوقت المحدد لنفاذها ويقف سريان القاعدة القديمة من تاريخ

الغائها ، وبذلك يتحدد النطاق الزمني لسريان كل من القاعدتين القانونيتين ، ومن ثم ، فإن المراكز القانونية التي نشأت ، وترتبت آثارها في ظل أى من القانونين - القديم أو الجديد - تخضع لحكمه ، فما نشأ منها وترتبت آثاره في ظل القانون القديم يظل خاضعا له ، وما نشأ من مراكز قانونية ، وترتبت آثاره في ظل القانون الجديد ، يخضع لهذا القانون وحده^(١٠) .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الدستورية العليا بجلسة ١٦ من مايو سنة ١٩٨٧ في القضية الدستورية رقم ١٣١ لسنة ٦ القضائية بأن تعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ ، وذلك بمقتضى القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ لا يحول دون النظر والفصل في الطعن بعدم الدستورية في شأن من طبقت عليهم النصوص الطعينة خلال فترة نفاذها قبل تعديلها وترتبت بمقتضاها آثار قانونية بالنسبة اليهم ، وبالتالي توافرت لهم مصلحة شخصية ومباشرة في الطعن بعدم الدستورية . كما طبقت المحكمة ذات المبدأ بجلسة ١٥ من أبريل سنة ١٩٨٩ في القضية الدستورية رقم ٢٣ لسنة ٨ القضائية حيث فصلت في

الطعن بعدم دستورية بعض أحكام القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن مجلس الشورى ، رغم تعديلها بأحكام القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٩^(١١) .

والواقع أن هذه الرجعية إذا لم تتقرر فستجد محكمة الموضوع نفسها ملزمة بتطبيق النصوص المقضى بعدم دستوريته على النزاع المعروض عليها ، لأنها تتعلق بوقائع سابقة على الحكم بعدم الدستورية ، وتلك ولاشك نتيجة شاذة يأبأها المنطق ، وتتعارض مع الحكمة من رقابة الدستورية^(١٢) .

كما وأن هذه الرجعية يفرضها المبدأ الذي استقام عليه قضاء المحكمة العليا ، ومن بعده قضاء المحكمة الدستورية العليا بخصوص قبول الطعن بعدم دستورية التشريع حتى وإن ألغى هذا التشريع ، أو تم تعديله ، من أن كل قاعدة قانونية تحكم المراكز القانونية التي نشأت ، وترتبت آثارها القانونية في ظلها ، فبدون تقرير الرجعية للحكم الصادر بعدم الدستورية تنتفى الفائدة من هذا الحكم ، وتنعيم جدواه في الدعوى الموضوعية ، وهذا أمر غير سائغ .

والمشروع وإن سمح بتقرير هذه الرجعية فإنه لم يبح إطلاقها

الفصل الرابع خروج النزاع من ولاية المحكمة الدستورية العليا

تحديد وتقسيم :

من المقرر قانوناً أن النزاع يخرج من ولاية المحكمة التي أصدرت الحكم كأثر من آثار النطق به ، وأنه بصور الأحكام فإن المحكمة تستنفذ ولايتها الأصلية التي تتعلق بالطلبات الأصلية المرفوعة بها الدعوى ، والطلبات العارضة التي تقدم بمناسبةها ، وما تفرع عن هذه وتلك من منازعات تتصل بالاجراءات أو باثبات الدعوى ، كما تستنفذ المحكمة أيضاً ولايتها التبعية المتصلة بالفصل في المسائل التي تتبع ما تفضى به بمقتضى سلطتها الأصلية كالحكم بتحديد الخصم الملزم بمصروفات الدعوى ومقدارها وذلك جميعه مالم ينص القانون على خلاف ذلك ، وإلى جانب الولاية الأصلية للمحكمة وولايتها التبعية ، فإنه تبقى للمحكمة التي أصدرت الحكم ولاية تكميلية قد تتحقق إذا قامت مصلحة في تفسير الحكم أو تصحيحه أو إذا أغفلت المحكمة الفصل في طلب موضوعي كان معروضاً عليها^(٢٧) .

والأحكام الخاصة بتفسير

شأن الأحكام الصادرة بعدم الدستورية في المواد الجنائية بحيث تعتبر الأحكام التي صدرت بالادانة بالاستناد إلى النص المقضى بعدم دستوريته كأن لم تكن ، وهو مايجرى عليه العمل في إيطاليا على ما سبقت الإشارة إليه^(٢٤) ، صوناً للحريات الشخصية .

وأخيراً فإنه عن وقت بدء أعمال الرجعية ، فإن تحديده لا يثير أية اشكالات إذا ورد في الحكم الصادر بعدم الدستورية^(٢٥) ، أما إذا أغفل الحكم هذا التحديد فإنه بمراعاة الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، فإن الرجعية ترتد إلى تاريخ صدور التشريع المقضى بعدم دستوريته إذا كان مخالفاً لأحكام الدستور الذي صدر في ظله ، وكذلك الوضع إذا كان مخالفاً لها ولأحكام الدستور القائم في ذات الوقت ، في حين لا يبدأ سريانها إذا كان التشريع المقضى بعدم دستوريته قد أصبح متعارضاً مع دستور جديد أو تعديل دستوري إلا من تاريخ نفاذ هذا الدستور الجديد ، أو التعديل المستحدث^(٢٦) .

في جميع الحالات ، وإنما شرط أعمالها بعدم المساس بالحقوق والمراكز المستقرة عند صدور الحكم بعدم الدستورية متمثلة - وفقاً لما تكرته المحكمة الإيضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا - في الحقوق والمراكز المستقرة بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، أو بانقضاء مدة تقادم ، وذلك حماية للحقوق المكتسبة ، وتجنباً لاهدارها .

وترتيباً على ما تقدم ، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا في القضية الدستورية رقم ٤٨ لسنة ٣ القضائية بجلسة ١١ من يونيو سنة ١٩٨٣ - بأن مؤدى ما تضمنه نص المادة ٤٩ من قانون انشائها من عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالى لنشر الحكم - وعلى ما جاء بالملزمة الإيضاحية للقانون - لا يقتصر على المستقبل فحسب ، وإنما ينسحب على الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم على أن يستثنى من هذا الاثر الرجعى الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت عند صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى ، أو بانقضاء مدة تقادم^(٢٣) .

ويلاحظ هنا أن قاعدة الرجعية يجرى أعمالها أيضاً في

الحكم وتصحيحه ، واغفال الفصل فى الطلبات الموضوعية وقد وردت فى قانون المرافعات المدنية والتجارية ، فانها تكون صالحة للتطبيق أمام القضاء الدستورى فيما لايتعارض مع طبيعة اختصاصه ، والاوزاع المقررة امامه ، وتبعاً لذلك ندرس أعمال هذه الأحكام فى شأن الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فى ثلاثة مباحث متتالية على النحو الآتى :

★ المبحث الأول - تفسير الحكم صدر فى الدعوى الدستورية .

★ المبحث الثانى - تصحيح الأخطاء المادية فى الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية .

★ المبحث الثالث - اغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية .

المبحث الأول تفسير الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية

فيما يتصل بتفسير الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية فان المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية تنص على أنه : يجوز للخصوم أن يطلبوا الى المحكمة التى أصدرت الحكم تفسير ماوقع فى منطوقه من غموض أو ابهام ، ويقدم الطلب

بالاوضاع المعتادة لرفع الدعوى ، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متعماً من كل الوجوه للحكم الذى يفسره ، ويسرى عليه مايسرى على هذا الحكم من القواعد الخاصة بطرق الطعن العادية وغير العادية .

ويتعلق هذا النص بتفسير الأحكام القطعية التى يشوب منطوقها الغموض أو الابهام أو الشك فى التفسير ، فهنا يملك الخصم أن يطلب من ذات المحكمة التى أصدرت الحكم تفسيراً لهذا الغموض ، أو الابهام بطلب يقدم وفقاً للأوضاع المعتادة لرفع الدعوى ،

ولا يجوز أن يتخذ هذا الطلب سبيلاً الى تعديل قضاء المحكمة ، والاكان غير مقبول ، وليس هناك ميعاد محدد يلزم تقديم طلب التفسير خلاله فهو ليس استئنافاً للحكم . وبقبول المحكمة للطلب فانها تتولى تفسير الحكم ملتزمة بقضائها فيه ويعناصر من طيات هذا القضاء ، ويعتبر الحكم الصادر بالتفسير متعماً من كل الوجوه للحكم الذى يفسره (٢٨) ، وأنه ولئن كان من مقتضى ما تقدم أن يخضع الحكم بالتفسير للطعن فور صدوره الا أن ذلك لا مجال لأعماله امام المحكمة الدستورية العليا بصدد فصلها فى طلبات

تفسير أحكامها لما تقدمت الاشارة اليه من أن أحكام المحكمة وقراراتها نهائية ، وغير قابلة للطعن .

وتحرص المحكمة الدستورية العليا على الا يتخذ من طلبات تفسير الاحكام تكتة لتجديد الخوض فيما سبق لهذه الاحكام أن فصلت فيه ، ذلك أن مثل هذه الطلبات تنطوى فى حقيقتها على طعن مباشر فى الاحكام المطلوب تفسيرها ، وهو ما لايجوز عملاً بنص المادة ٤٨ من قانون المحكمة التى لا تسمح بالطعن فى الاحكام والقرارات الصادرة عنها (٣٩) .

وفى هذا الصدد ، فان المحكمة الدستورية العليا حين يقدم اليها طلب التفسير فانها تتولى تقدير مدى اعتباره طلباً مقبولا من عدمه ، باعتبار أن تكييف الدعوى هو مما يخضع لرقابة المحكمة التى تعطى الدعوى وصفها الحق ، وتكييفها القانونى الصحيح متقضية فى سبيل ذلك طلبات المدعى فيها ، مستظهرة حقيقة مراميها وأبعادها ، ولذلك حكمت المحكمة فى القضية رقم ٥ لسنة ٧ القضائية (منازعة تنفيذ) بجلسة ١٩ من يونيه سنة ١٩٨٨ (٤٠) - بعدم قبول الدعوى التى أقامها المدعى

بحسبانها منازعة في تنفيذ الحكم الصادر من المحكمة الدستورية العليا في القضية الدستورية رقم ٢٠ لسنة ١ القضائية بجلسة ٤ من مايو ١٩٨٥ - قولا منه بأنه اثر صدور هذا الحكم واختلف الرأي حول ما اذا كان قضاء هذه المحكمة في الدعوى المشار اليها لا يمتد الى الفوائد التي فرضتها النصوص التشريعية بعد العمل بتعديل المادة الثانية من الدستور في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ ، ويندرج تحتها القرارات التي اصدرها المدعى عليهما الاول والثاني بتقرير فائدة مقدارها ١٥٪ على السندات الحكومية ، وكذلك الفوائد التي قرررتها المادة ١٧٢ من قانون الضرائب على الدخل الصادر بالقانون رقم ١٥٧ لسنة ١٩٨١ ، كما اضاف أنه أقام أمام محكمة جنوب القاهرة دعوى موضوعية يطلب فيها الحكم ببراءة نمته من أية ضرائب أو فوائد أو غرامات فرضتها النصوص التشريعية بعد تاريخ ٢٢ مايو ١٩٨٠ تأسيسا على ان الغرامات هي في حقيقتها فوائد ، وأن الضرائب ذاتها غير دستورية لانطوائها على مصادرة للاموال بغير حكم قضائي ، وأن نطاق قضاء المحكمة الدستورية العليا في الدعوى رقم ٢٠ لسنة ١ قضائية (دستورية) يقتصر على الفوائد

المقررة بمقتضى المادة ٢٢٦ من القانون المدني ولا يمتد الى الفوائد التأخيرية التي عمل بها بعد تعديل المادة الثانية من الدستور وهو ما يتعين بالتالى على هذه المحكمة ان تقضى به .

فقد قدرت المحكمة أن ماتغياه المدعى بدعواه - وعلى ما صرح به في طلباته - هو أن تقرر المحكمة الدستورية العليا عدم امتداد مضمون حكمها الصادر في القضية الدستورية رقم ٢٠ لسنة ١ القضائية الى الفوائد التي فرضتها النصوص التشريعية المعمول بها بعد تعديل المادة الثانية من الدستور ، واذ أسس المدعى هذا الطلب على أن قضاء هذه المحكمة في تلك الدعوى كان محل تفسيرات متعددة، تدور جميعها حول تباين وجهات النظر في شأن حقيقة ما قصدته المحكمة منه ، وكان تصوير المدعى لطلباته وبيانه لدواعيها يرمى الى تحديد نطاق قضاء المحكمة في الدعوى المشار اليها باستجلاء ما ظن المدعى وقوعه في منطق الحكم الصادر فيها ، أو في أسبابه المرتبطة بهذا المنطوق من غموض أو إبهام - فإن دعواه تتحل في واقع الامر الى طلب تفسير هذا القضاء اعمالا لحكم المادة ١٩٢ من قانون

المرافعات المدنية والتجارية التي تنص على أن للخصوم ان يطلبوا لي المحكمة التي أصدرت الحكم تفسير ما وقع في منطوقه من غموض أو إبهام ، على أن يقدم الطلب بالاوضاع المعتادة لرفع الدعوى .

هذا عن تكييف المحكمة الدستورية العليا لحقيقة الطلبات المرفوعة اليها بشأن تفسير أحكامها . أما بالنسبة الى الخصوم في طلب التفسير فقد قررت المحكمة مبدأ هاما خرجت به على مقتضى القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية ، ذلك أن مؤدى نص المادة ١٩٤ من هذا القانون أن الحق في طلب تفسير حكم معين مقصور على الخصوم في الدعوى الموضوعية التي صدر الحكم فيها ، ولكن المحكمة الدستورية العليا خولت حق طلب تفسير أحكامها للخصوم في الدعوى الموضوعية ، ولغيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تفسيره - بتطبيقه عليهم - ذا أثر مباشر في مصالحهم الشخصية ، وذلك بناء على الحجتين الآتيتين :

الحجة الاولى - ما تقضى به المادة ٢٨ من قانون انشاء المحكمة من أنه «فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل»^(١) ،

تسرى على قرارات الاحالة والدعاوى والطلبات التي تقدم الى المحكمة الاحكام المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة ، والاوضاع المقررة امامها ، وما قضت به المادة ٥١ من ذات القانون من أن تسرى على الاحكام والقرارات الصادرة من المحكمة ، فيما لم يرد به نص في هذا القانون القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية بما لا يتعارض وطبيعة تلك الاحكام والقرارات ، تلك أن مؤدى حكم هاتين المادتين أن شرط انطباق القواعد المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية على الدعاوى التي تدخل في اختصاص هذه المحكمة ، وكذلك بالنسبة الى الاحكام الصادرة فيها - هو أن يكون اعمال هذه القواعد غير متعارض مع طبيعة اختصاص المحكمة والاوضاع المقررة امامها .

الحجة الثانية - أن الدعاوى الدستورية هي بطبيعتها دعاوى عينية . جه الخصومة فيها الى النصوص التشريعية المطعون فيها عيب دستوري ، وأن الاحكام الصادرة في هذا الدعاوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - تحوز

حجية مطلقة بحيث لا يقتصر أثرها على الخصوم في الدعاوى الدستورية التي صدرت فيها ، وإنما ينصرف هذا الاثر الى الكافة ، وتلتزم بها جميع سلطات الدولة سواء أكانت تلك الاحكام قد انتهت الى عيب دستورية النص التشريعي المطعون عليه ، أم الى دستوريته ورفض الدعوى على هذا الاساس .

ومؤدى هاتين الحجتين - طبقا لقضاء المحكمة - أن قصر الحق في طلب تفسير الاحكام الصادرة في الدعاوى الدستورية على الخصومة فيها وفقا لما تقضى به المادة ١٩٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية - إنما يتعارض وطبيعة الاحكام الصادرة في تلك الدعاوى ، إذ لا يستقيم هذا القصر إلا في اطار قاعدة نسبية الاحكام التي لا تقوم بها حجيتها الا بين من كان طرفا فيها ، وهي قاعدة تناقضها الحجية المطلقة المتعدية الى الكافة التي تحوزها الاحكام الصادرة في الميعاتل الدستورية ، وإنما يتعين أن ينسحب هذا الحق كذلك على غيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تفسيره - ينطبق عليهم - ذا أثر مباشر على مصالحهم الشخصية ، ذلك أن طلب التفسير الذي يقدم الى هذه المحكمة لا يعدو أن يكون دعوى

يتعين أن ترفع اليها وفقا للاوضاع المقررة في قانونها ، ولا يتصور أن تكون المصلحة فيها محض مصلحة نظرية غايتها ارساء حكم القانون مجردا توكيدا للشرعية الدستورية ، واعمالا لمضمونها ، وإنما يجب أن تعود على المدعى في الطلب منفعة يقرها القانون حتى تتحقق بها ومن خلالها مصلحته الشخصية .

أما عن المصلحة في طلب التفسير ، فقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنها ترتبط بالمصلحة في الدعوى الموضوعية التي أثير طلب التفسير بمناسبةها ، والتي يؤثر الحكم فيه على الحكم فيها ، ذلك أن الحكم الصادر بالتفسير يعتبر متما من كل الوجوه للحكم الذي يفسره ، وكلاهما لازم للفصل في الدعوى الموضوعية لا ينفكان عنها ، لأنهما يتعلقان بالقاعدة القانونية التي يقوم عليها أو يستند اليها الفصل في النزاع الموضوعي .

أما عن كيفية رفع طلب التفسير ، فقد انتهت المحكمة الى أنه لما كانت ولايتها لا تتصل بالدعاوى والطلبات التي تدخل في اختصاصها الا وفقا للاوضاع المنصوص عليها في قانونها ، وكان قضاؤها قد استقر على أن

اعمال آثار الاحكام التي تصدرها في المسائل الدستورية هو من اختصاص محكمة الموضوع ، وذلك ابتناء على أن محكمة الموضوع هي التي تنزل بنفسها على الوقائع المطروحة عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن المسألة الدستورية ، باعتباره مفترضا أوليا للفصل في النزاع الموضوعي الدائر حولها ، وبمراعاة ما قد يبيده الخصوم من دفع أو أوجه دفاع في شأنها ، وكان من بين وسائل الدفاع هذه ما قد يدعيه أحد الخصوم أمام محكمة الموضوع من غموض قضاء المحكمة الدستورية العليا أو انبهاه ، فإنه إذا تبين لمحكمة الموضوع - من وجهة نظر مبدئية - أن لهذا الدفاع وجها ، كان لها أن تمنحه أجلا يطلب خلاله من المحكمة الدستورية العليا تفسير قضائها المختلف على مضمونه ، ذلك أن تقرير محكمة الموضوع غموض هذا القضاء يولد لديها صعوبة قانونية تحول في اعتقادها دون تطبيقه بالحالة التي هو عليها على واقعة النزاع ، ومن ثم ، يظل أمر حسمها معلقا إلى أن تدلي المحكمة الدستورية العليا بكلمتها النهائية في شأن حقيقة قضائها ومراميها ، ولمحكمة الموضوع كذلك - وقد خولتها المادة ٢٩ من قانون المحكمة

الدستورية العليا الحق في أن تحيل إلى هذه المحكمة النصوص القانونية التي يترأى لها عدم دستورتها ، واللازمة للفصل في النزاع الموضوعي المعروض عليها - أن تطلب من تلقاء نفسها من المحكمة الدستورية العليا ذلك التفسير ، باعتبار أن غموض قضائها يثير خلافا حول معناه ، ويعمق بالتالي مهمتها في شأن أعمال أثره على الوقائع المطروحة عليها .

وقد عادت المحكمة وطبقت هذا المبدأ بحكمها الصادر بجلسة ٤ من مارس سنة ١٩٨٩ في القضيتين الدستوريتين رقمي ٦٨ و ٦٩ لسنة ٣ القضائية وانتهت إلى عدم قبول طلب التفسير الذي يقدم إليها مباشرة من المدعين (٤٢) .

وهكذا تكون المحكمة الدستورية العليا قد أعملت مضمون الحجية المطلقة للحكم الصادر في الدعوى الدستورية بصدد طلب تفسيره إذ لم تقصر الحق في هذا الطلب على الخصوم في الدعوى الموضوعية الأصلية وإنما سمحت بتمده إلى غيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تفسيره - بتطبيقه عليهم - ذا أثر مباشر على مصالحهم الشخصية ، وهو

ما يقتضي أن تتوافر لدى الطالب مصلحة شخصية في طلب التفسير بأن يعود عليه من طلبه منفعة يقرها القانون ، وترتبط هذه المصلحة بمصلحته في الدعوى الموضوعية ، ويلزم لقبول هذا الطلب أن يرفع أثر تصريح محكمة الموضوع للطالب برفعه خلال الاجل المعين الذي تحدده أو أن يرد هذا الطلب بطريق الاحالة من محكمة الموضوع مباشرة عملا بنص المادة ٢٩ / أ من قانون المحكمة الدستورية العليا ، ذلك لأن أعمال آثار الأحكام الصادرة في المسائل الدستورية هو من اختصاص محكمة الموضوع فهي التي تنزل بنفسها على الوقائع المطروحة عليها قضاء المحكمة الدستورية العليا في شأن المسألة الدستورية باعتباره مفترضا أوليا للفصل في النزاع الموضوعي الدائر حولها ، وبمراعاة دفع وأوجه دفاع الخصوم في شأن هذه المسألة .

المبحث الثاني

تصحيح الأخطاء الواردة في الحكم الصادر في الدعوى الدستورية

بالنسبة لتصحيح المادة الواردة بالحكم الصادر في الدعوى ، فقد نصت المادة ١٩١ من قانون المرافعات

المدنية والتجارية على أن تتولى المحكمة تصحيح مايقع فى حكمها من اخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية ، وذلك بقرار تصدره من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب أحد الخصوم من غير مراقبة ، ويجرى كاتب المحكمة هذا التصحيح على نسخة الحكم الأصلية ، ويوقعه هو ورئيس الجلسة .

ويجوز الطعن فى القرار الصادر بالتصحيح اذا تجاوزت المحكمة فيه حقها المنصوص عليه فى الفقرة السابقة ، وذلك بطرق الطعن الجائزة فى الحكم موضوع التصحيح ، أما القرار الذى يصدر برفض التصحيح ، فلا يجوز الطعن فيه على استقلاله (٤٣) .

فطبقا لهذا النص يكون للمحكمة الدستورية العليا وحدها أن تصحح من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب أحد الخصوم مايقع فى حكم تصدره من أخطاء مادية بحتة كتابية أو حسابية على أنه لايجوز للخصوم ان يطعنوا فى قرار التصحيح طبقا لنص الفقرة الثانية من المادة ١٩١ سائلة الاشارة ، ذلك أنه وفقا لنص المادة ٤٨٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا فان أحكام المحكمة وقراراتها نهائية ، وغير قابلة للطعن .

ونعتقد أن طلب التصحيح يمكن أن يقدم من الخصوم فى الدعوى الموضوعية ، وكذلك من غيرهم ممن يكون الحكم المطلوب تصحيحه - بتطبيقه عليهم - ذا أثر مباشر على مصالحهم الشخصية ، وذلك اعمالا للحجية المطلقة للأحكام الصادرة فى المسائل الدستورية .

المبحث الثالث

اغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية

أما عن اغفال الفصل فى بعض الطلبات الموضوعية فقد نصت المادة ١٩٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على أنه «إذا اغفلت المحكمة الحكم فى بعض الطلبات الموضوعية جاز لصاحب الشأن أن يعلن خصمه بصحيفة للحضور أمامها لنظر هذا الطلب والحكم فيه» .

وطبقا لذلك فإنه إذا أغفلت المحكمة الفصل فى طلب موضوعى عرض عليها جاز لصاحب الشأن أن يكلف خصمه بالحضور أمامها لنظر هذا الطلب ، والفصل فيه دون أن يتقيد الطالب بمواعيد طعن محددة . واعمال هذا النص مشروط بتقديم طلب موضوعى

صريح وحازم ومفهوم ، والا ينزل الطالب عنه ، وأن يكون الاغفال اغفالا كلياً يجعل الطلب معلقاً لم يقض فيه قضاء ضمناً ، وأن يرد الاغفال على طلب موضوعى لأن اغفال الدفع سواء أكان شكلياً أم موضوعياً يعتبر رفضاً له (٤٤) .

وتبعاً لما تقدم فإنه إذا أغفلت المحكمة الدستورية العليا الفصل فى دستورية تشريع من بين عدة تشريعات طعن فيها أمامها بعدم الدستورية عن سهو أو خطأ ، جاز لصاحب الشأن أن يلجأ إليها مجدداً لنظر الطلب الذى أغفله توطئة للفصل فيه .

ويلاحظ هنا أن ولاية المحكمة الدستورية العليا تظل قائمة بصدد الطلب الذى أغفلت الفصل فيه ، ومن ثم ، يجوز لذى الشأن اللجوء إليها مباشرة طبقاً لنص المادة ١٩٣ سالف الاشارة بغير تجديد لاجراءات رفع الدعوى الدستورية ، وذلك على خلاف طلبات تفسير الأحكام الصادرة فى الدعاوى الدستورية ، وتصحيحها ، والتي تتصل بالمحكمة بعد استنفاد ولايتها ، وخروج النزاع من حوزتها ، مما يلزم معه رفعها الى المحكمة وفقاً للاجراءات القانونية المقررة بصدها .

(١) راجع في تفاصيل هذا الموضوع : الدكتور عادل عمر شريف : قضاء الدستورية - القضاء لدستورى فى مصر ، دار الشعب ، طبعة مينة ١٩٨٨ ، ص ٤٥٢ وما بعدها .

(٢) ومن ثم ، قاننا لا نوافق على ماذهب اليه رأى (الدكتور محمد عبد اللطيف : اجراءات القضاء لدستورى - دار النهضة العربية سنة ١٩٨٩ ص ١ ، ومن ص ٨٢ الى ١٠١) من أن القضاء الدستورى يختص بالفصل فى المسائل والمنازعات الدستورية التى يحددها الدستور أو القانون ، وأنه يختص فى مفهوم هذا التعريف ، وحسب ما يقره المشرع فى النظم المقارنة بالفصل فى العديد من المسائل منها الانتخابات لسياسية ، وتحديد الاختصاصات بين الدولة ووحداتها الاقليمية ، وفض المنازعات بين سلطات الدولة ، وبعض الاختصاصات الاخرى .

فهذا الرأى يركز على الطبيعة السياسية للنزاع ، وعند توافرها يدخله فى اختصاص القضاء الدستورى ، وهذا الأمر محل نظر ، ذلك أنه يودى الى توسيع اختصاصات القضاء الدستورى باذخال بعض المسائل فى هذا الاختصاص رغم أنها بعيدة فى موضوعها عن رقابة الدستورية التى يرتبط بها هذا القضاء ، وأنه يلتن صح القول بأن الفصل فى دستورية التشريعات قد تكون لها طبيعة سياسية ، فإنه فى المقابل ليس من شأن حسم المسائل السياسية المختلفة عن طريق القضاء أن يثير دائما البحث فى دستورية التشريعات .

(٣) من ذلك مؤلف الدكتور محمد عبد اللطيف : اجراءات القضاء الدستورى ، المرجع السابق طبعة ١٩٨٩ .

(٤) راجع فى الاتجاهات المختلفة فى هذا الشأن : الدكتور محمد كامل ليلة ، القانون الدستورى ، دار الفكر العربى ، طبعة سنة ١٩٧٠ ص ١٣١ ، والدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، دار النهضة العربية ، طبعة سنة ١٩٨٣ ص ٤٩١ . وراجع أيضا :

Burdea (G); Traité de Science Politique . T. 4 2^e éd. (L.G.D.J.) Paris 1969. P. 365.

Cadart (J.): Institutions Politiques et Droit Constitutionnel T.I 2^e éd. (L.G.D.J.) Paris 1979. P. 159. Prelot

(M.): Institutions Politiques et Droit Constitutionnel 10^e éd. (Dalloz) Paris 1987, P. 239.

(٥) انظر فى ذلك :

Jackson (R.H.) : The Supreme Court in the American System of Government, Harvard University Press, Cambridge 1967, P. 13 .

(٦) المجموعة الجزء الاول ص ٢١٥ .

(٧) المجموعة الجزء الاول ص ٤٠٣ .

(٨) المجموعة الجزء الثانى ص ٤٣ .

(٩) راجع : الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى ، المرجع السابق ص ٦٠٦ .

(١٠) الحكم غير منشور ، وأشار اليه الدكتور رمزى الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستورى المرجع السابق ص ٦٠٧ ، والدكتور عبد السلام مخلص ، نظرية المصلحة فى دعوى الالغاء ، دار الفكر العربى ، طبعة سنة ١٩٨١ ، ص ٢٦٠ .

(١١) الدكتور محمد عبد السلام مخلص ، نظرية المصلحة في دعوى الالغاء ، المرجع السابق ص ٢٥٩ .

(١٢) راجع : المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين في ايطاليا ، مجلة ادارة قضايا الحكومة ، السنة ١٤ العدد الاول ، ص ١٤٠ وما بعدها .

(١٣) الدكتور عبد المنعم جيرة ، آثار حكم الالغاء ، جامعة القاهرة ، طبعة سنة ١٩٧٠ ، ص ٩٩ .

(١٤) راجع : حكم المحكمة في القضية الدستورية رقم ٤٨ لسنة ٣ القضائية بجلسة ١١ من يونيه ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثاني ص ١٤٨ ، وحكمها في القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٣ القضائية بجلسة ٥ من نوفمبر ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثاني ص ١٧٢ ، وحكمها في القضية الدستورية رقم ٦٥ لسنة ٥ القضائية بجلسة اول ديسمبر ١٩٨٤ المجموعة الجزء الثالث ص ١٩٦ .

(١٥) الدكتور رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ص ٦٠٨ .

(١٦) المجموعة الجزء الثاني ص ١٨ .

(١٧) المجموعة الجزء الثاني ص ١٧٢ .

(١٨) المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ .

(١٩) غير منشورين .

(٢٠) غير منشور .

(٢١) غير منشورة .

(٢٢) غير منشور .

(٢٣) راجع : حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٥ لسنة ٧ القضائية جلسة اول ابريل سنة ١٩٧٨ ، المجموعة الجزء الثاني ص ١٤٦ .

(٢٤) راجع : حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ١٦ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٥ من فبراير سنة ١٩٧٧ ، المجموعة الجزء الثاني ص ٤٣ ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا في القضايا الدستورية رقم ٣٩ لسنة ٢ القضائية بجلسة ٦ من فبراير سنة ١٩٨٢ ، المجموعة الجزء الثاني ص ١٨ ، وفي القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٣ القضائية بجلسة ٥ من نوفمبر ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثاني ص ١٧٢ ، ورقم ١٣٦ لسنة ٥ القضائية بجلسة ١٧ من مارس ١٩٨٤ ، المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ .

(٢٥) حكم المحكمة العليا في الدعوى الدستورية رقم ٨ لسنة ٣ القضائية بجلسة ١١ من ديسمبر سنة ١٩٧٦ .

(٢٦) راجع : حكمها في القضية الدستورية رقم ٤٩ لسنة ٢ القضائية بجلسة ٥ من نوفمبر ١٩٨٣ ، المجموعة الجزء الثاني ص ١٧٢ ، وحكمها في القضية الدستورية رقم ١٣٦ لسنة ٥ القضائية بجلسة ١٧ من مارس ١٩٨٤ ، والقضية الدستورية رقم ٢٣٨ لسنة ٥ القضائية بجلسة ٧ من ابريل ١٩٨٤ المجموعة الجزء الثالث ص ٤٩ .

(٢٧) الدكتور رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ص ٥٤٧ ، ص ٦١٣ .

(٢٨) راجع : المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا مجلة إدارة قضايا الحكومة المرجع السابق ص ١٤٠ وما بعدها .

(٢٩) راجع في هذا المعنى : الدكتور رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري المرجع السابق ص ٦١٤ .

(٣٠) راجع : أحكام المحكمة العليا في الدعاوى الدستورية أرقام ٥ لسنة ١ القضائية بجلسة ٤ من ديسمبر ١٩٧١ المجموعة الجزء الأول ص ٥٠ ، و ١٣ لسنة ٧ القضائية بجلسة ٦ من إبريل ١٩٧٧ المجموعة الجزء الثاني ص ٤٨ ، و ٥ لسنة ٧ القضائية بجلسة أول إبريل ١٩٧٨ المجموعة الجزء الثاني ص ١٤٦ ، وأحكام المحكمة الدستورية العليا في القضايا الدستورية أرقام ٢٩ لسنة ٦ القضائية بجلسة ٦ من فبراير ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثاني ص ١١ ، و ٤٧ لسنة ١ القضائية بجلسة ١١ من يونيو ١٩٨٣ المجموعة الجزء الثاني ص ١٢٧ ، و ١١٤ لسنة ٥ القضائية بجلسة ٦ من إبريل ١٩٨٥ المجموعة الجزء الثالث ص ١٧٦ .

(٣١) غير منشورين .

(٣٢) راجع : المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا المرجع السابق ص ١٤١ ، والدكتور رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري المرجع السابق ص ٦١٥ .

(٣٣) المجموعة الجزء الثاني ص ١٤٨ والملاحظ أن انقضاء مدة التقادم في الغالب لا يتقرر إلا بحكم .

(٣٤) المستشار محمد السيد زهران ، الرقابة على دستورية القوانين في إيطاليا ، مجلة إدارة قضايا الحكومة ، المرجع السابق ص ١٤٢ .

(٣٥) الدكتور رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري ، المرجع السابق ص ٦١٩ .

(٣٦) قارن : الدكتور رمزي الشاعر ، النظرية العامة للقانون الدستوري المرجع السابق ص ٦١٧ وما بعدها .

وقد أشار إلى ثلاثة فروض يتم على أساسها تحديد تاريخ بدء الرجعية ، يتمثل أولها في حالة صدور التشريع بالمخالفة لأحكام الدستور المعمول به وقت صدوره مع استمرار قيام هذه المخالفة في ظل أحكام التعديل الدستوري اللاحق ، أو الدستور الجديد ، والقاعدة أنه يتعين أن يصدر التشريع موافقا لأحكام الدستور الذي صدر في ظله ، وأن يستمر صحيحا في ظله ، وأن يستمر صحيحا في ظل الدستور القائم وقت الرقابة عليه ، ومن ثم ، فإن العيب في هذه الحالة هو عيب أصلي لا طاريء ، ويكون التشريع باطلا منذ صدوره ، مما يستلزم سحب رجعية الحكم بعدم دستوريته إلى هذا التاريخ . وثانيهما أن يصدر التشريع مخالفا لأحكام الدستور المعمول به وقت صدوره ، ثم يصبح صحيحا في ظل تعديل دستوري ، أو دستور جديد ، فهنا يكون عيب عدم الدستورية عيبا أصليا أيضا ، ويعتبر النص باطلا من تاريخ صدوره ، وبالتالي يسري الحكم بعدم الدستورية اعتبارا من تاريخ صدور التشريع المقضي بعدم دستوريته . أما الفرض الثالث فهو أن يصدر التشريع صحيحا في ظل الدستور المعمول به وقت صدوره ، ثم يصبح مخالفا في ظل تعديل دستوري لاحق أو دستور جديد وهنا يكون العيب طارئا ومتربعا على الدستور الجديد ، ومن ثم ، يعمل الحكم بعدم الدستورية

من تاريخ نفاذ النص الدستوري .

والواقع أننا نختلف مع هذا الرأي فيما يتطلبه الدستورية التشريع من ضرورة التزامه أحكام الدستور الذي صدر في ظله ، وكذلك أحكام الدستور القائم في مطلق الحالات ، ذلك أن أحكام الدستور القائم وحدها هي التي يتعين الاعتداد بها كمرجع للرقابة الدستورية ، أما أحكام الدستور السابق فلا يرجع إليها الا لضرورات منطقية وذلك في حالة العيب الشكلي الاجرائي ، وهو عيب أصلي دائما ، وفي حالة ما اذا كان التشريع سابقا على صدور الدستور القائم وكان النص الدستوري المدعى بمخالفته الا بذاته على انصراف حكمه الى المستقبل ، ولذلك فإن الحكم بعدم دستورية التشريع في الفرض الاول (عيب أصلي) وفي الفرض الثالث (عيب طارئ) يكون استنادا الى أحكام الدستور القائم لا الدستور السابق (ولذلك بصرف النظر عن مسألة الرجعية في اعمال الحكم) ، اما في الفرض الثاني فإن العيب الاصلي يتطهر ويزول اعمالا للاصول المستحدثة التي تضمنها الدستور القائم ، ولا يحكم بعدم الدستورية احتراماً لهذه الاصول التي أتى بها الدستور الجديد .

انظر في تفصيل ذلك مؤلفنا قضاء الدستورية - القضاء الدستوري في مصر ، المرجع السابق ص ٢٨٠ وما بعدها .

(٣٧) راجع فيما تقدم : الدكتور أحمد أبو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات ، منشأة المعارف ، الطبعة الخامسة سنة ١٩٨٥ ، ص ٦٨٠ / ص ٦٨٥ .

(٣٨) راجع في التفاصيل : الدكتور أحمد أبو الوفا ، نظرية الاحكام في قانون المرافعات المرجع السابق ص ٦٩٢ / ص ٧٠٠ ، والتعليق على نصوص قانون المرافعات - منشأة المعارف - الطبعة الرابعة سنة ١٩٨٤ ص ٧١٩ / ص ٧٢٤ ، والدكتور فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، دار النهضة العربية طبعة ١٩٨٠ ص ٧٠٢ / ص ٧٠٤ .

(٣٩) راجع : حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٣ لسنة ٨ القضائية (منازعة تنفيذ) بجلسة ٤ من يونيو سنة ١٩٨٨ غير منشور .

(٤٠) غير منشور .

(٤١) الفصل الثاني (الاجراءات) من الباب الثاني (الاختصاصات والاجراءات) .

(٤٢) غير منشور .

(٤٣) راجع في شرح هذا النص : الدكتور أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ٧١٦ / ص ٧١٩ ، ونظرية الاحكام في قانون المرافعات المرجع السابق ص ٧٠٠ / ص ٧٠٥ ، والدكتور فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، المرجع السابق ، ص ٧٠٠ / ص ٧٠٢ .

(٤٤) راجع في التفاصيل : الدكتور أحمد أبو الوفا ، التعليق على نصوص قانون المرافعات المرجع السابق ص ٧٢٤ / ص ٧٢٦ ، ونظرية الاحكام في قانون المرافعات ، المرجع السابق ص ٦٨٦ / ص ٦٩٢ ، والدكتور فتحي والي ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، المرجع السابق ص ٦٩٧ / ص ٦٩٩ .

خواتمسر في بفسال العءالسفة

للسفء الءكءور / اءمء رفءء ءفءافف المءامف

القسم الأول

رسالة السلطة القضائية

«دراسة فلسفية»

١ - مباء الفصل بفن السلءاء
ناى بهءا المباء الففسوف
مونءسكفوف . فءهب الى أن
سلءاء الءولة ءلاء (السلءة
الءشرفعفة والسلءة الءنففءفة
والسلءة القءضاءفة بمراقبة
ءطففقها .

أوجب مباء الفصل بفن
السلءاء ءءم اءماءها فى فء
واءءة .

وحكمة المباء أن فى اءماله
ءمافة للءرفاء العامة والءفاظ
على الءقوق الفردفة ، اء السلءة
ءوقف السلءة وفى ءلك ءاكفء
للءرفاء وصفانة للءقوق .
والسلءة القءضاءفة هف المسئولة
بالءاءاء عن هءه الءرفاء وءلك
الءقوق .

وقء ازءهر هءا المباء فى
ءهوء الءفمقراطفة ، فهور
ركفزءها وضممان اسءقراءها .

٢ - مباء المشروعفة

والف ءانب مباء الفصل بفن
السلءاء فوفء مباء
المشروعفة - وهءا المباء من

مقوماء الءولة الءفءة الءف
ءءءرم القانون ففسوءها الامن
والطمأنفنة . ومعناه ءضوء
الءاكمفن لأءكام القانون على
السواء ، بمعنى أنه لا فءوز
لسلءة من السلءاء ولا فسورغ
لفرء من الأفراء أن فءصرف الا
فى نطاء القانون ، فالكمل ملءزم
باءءرام القانون والءضوء
لقواعءه اء السفطرة ءائما لءكم
القانون ، فالقانون هوف الذى فنفزم
ءءوء السلءاء الءاكمة ففها
بفنها وفى علاقاءها مع الأفراء ،
كما فقرر أسلوب سلوك الفرء فى
مواءهة هءه السلءاء وفى
مواءهة الففر ففخلص من ءلك
أن مباء سفطرة اءكام القانون
ففءرض وفوء القانون ففسءوجب
اءءرامه ، فاذا ءنازع فرء مع
سلءة عامة أو ءاخصم فرء مع
آءر وعرض الأمر فان لءكم
القانون هوف الذى ففصل فى
المنازعة وهوف الذى ففبفن وءه
الءق فى الءصومة .

ولاشك أن الاءزام بهءا المباء
فؤءى الى ضمان ءقوق الأفراء
وكفالة ءرفاءهم ماءام ان كلا من
الءاكم والمءكوم فسفر على

هءى قواعء القانون وما ففءضففه
من واءب الاءلال والاءءرام .

وبعبارة آءرى فان سلطان
الءولة وسفاءءها مقفء باءمال هءا
المباء منذ قرر الءسءور الءقوق
والءرفاء العامة ، وأوجب
اءءرامها لانها ءقوق طفففعفة
للانسان لفس من سلءة الءولة أن
ءمءء الفها ، بل ان سفاءءها مقفءة
بمراءعاؤها وبعبارة ءالءة ففى
ءقوق مسءمءة من القانون
الطفففعف اء فولء ءمفع الأفراء
وفعفشون اءراراف مءساوفن امام
القانون .

ومن ءم لم فعء القائمون
باللءم اصءاب الءق ، بل هم
أصءاب وظائف مءءوءة
الأءءصاص قائمة على الصالء
العام . كما أن الأفراء فى
علاقاءهم بالءاكم أو بسائر
الأفراء فءصرفون فى نطاء
القانون ، فلا فءرءون على
قواعءه ، فءسوء الطمأنفنة ففعم
الأمن وفعفش الءمفع فى رءاب
مءءمع منظم .

ومباء سفاءة القانون ففسءوجب
اءءرام مباء ءءرء الءشرفعاء
الءسءورفة والءاءفة والفرفة ،

فيعين أن يتقيد كل تشريع بالتشريع الأعلى منه ، فلا يصح أن يتعارض تشريع فرعى مع تشريع عادى ، ولا أن يتعارض تشريع عادى مع تشريع دستورى .

وفى خصوص الجانب الادارى فى وظيفة الدولة يجب ان نبين مدى التزام الدولة بمبدأ المشروعية بمناسبة ادارتها للمرافق العامة لسد حاجات الأفراد .

والرأى مستقر على أنه يجب أن تكون تصرفات جهة الادارة فى حدود القانون ، بمعنى أن السلطة الادارية حين تباشر نشاطها تلتزم بأحكام القانون ، والا أضحت السلطة الادارية سلطة بوليسية بعيدة كل البعد عن القانون وأحكامه الملزمة .

٣ - السلطة القضائية هي الحارسة لمبدأ المشروعية :

القضاء فى كل دولة هو عنوان نهضتها ومعيار تقدمها ومظهر رقيها ، وما من دولة تخلف فيها القضاء الا تخلفت عن ركب المدنية وأسباب الارتقاء ، فالقضاء هو سياج الحقوق وموئل المظلوم وحامى الحريات . يرسى قواعد العدالة ويبسط أسباب الاطمئنان والأمن والسلام على كل من تظلم سماء الدولة .

فالقوانين التى يضعها الشارع - أيا كان حظها من سمو - لن تبلغ الغرض من سننها الا اذا توفر على اعمالها قضاء لا يستهدف الا ادراك مراميها وفرض سلطانها على الكافة دون تمييز .

من أجل هذا ، حرصت الدول المختلفة . على تحقيق أسباب الاستقلال وتوفير عناصر الاطمئنان لرجال القضاء ، باحاطتهم بكافة الضمانات التى تكفل لهم حياة مطمئنة كريمة وتيسر لهم الاضطلاع بعبئهم الخطير ومهمتهم الجلية وتعينهم على المضى فى أداء رسالتهم المقدمة وهم بأمن من كل تأثير أو ترغيب أو اغراء .

ولاشك ان القصد من تقرير هذه الضمانات أن تشيع فى نفوس المتقاضين روح الثقة والاطمئنان الى أن الفصل فى منازعاتهم وأفضيتهم بعيد عن كافة الأهواء والمؤثرات . مما يمكن معه القول - بحق - بأن هذه الضمانات مقررة من أجل حماية المتقاضين أنفسهم بايجاد القاضى العادل الذى يحتكمون اليه .

ومن الضمانات التى قررها القانون لرجال القضاء تحقيقا لاستقلالهم عدم قابليتهم للعزل . وقد ذهب الفقيه اسمان فى مؤلفه

مبادئ القانون الدستورى الفرنسى الى أن هذه الضمانة لتحقيق استقلال القضاء استقلالاً كافياً اذا كان أمر ترقية القضاة متروكاً لمطلق تقدير الحكومة ، لما كان ذلك ، فان القضاء هو السلطة العليا القائمة فى كل دولة على ارساء قواعد العدالة ، والقضاة فى جميع الدول محل احترام وتقدير لأنهم فوق الحاكمين والمحكومين .

وينهض استقلال القضاء فى التشريعات الحديثة على ركنين جوهريين :

أولهما : الارتفاع به عن الخضوع لباقي سلطات الدولة .

ثانيهما : توفير المستوى اللائق لرجال الهيئة القضائية بما يضمن لهم حياة مطمئنة كريمة ، ويرقى بهم عن مواطن التأثير وعوامل الاغراء .

وعلى غير هذين الأساسين لا يمكن أن يتهيأ للدولة قضاء مستقل الرأى ، مهيب الجانب ، موفور الكرامة ولقد فطنت الدول المختلفة الى ما ينطوى عليه الارتفاع بمستوى القاضى من دعم لاستقلال القضاء وتوطيد لأسس العدالة وتأمين لمستقبل القاضى . فوجهت عنايتها الى العمل على رفع مستوى رجال القضاء الى المدى الذى يتكافأ مع

المهمة الجليلة الملقاة على عاتقهم - ويتجاوب مع الرسالة السامية التى يؤدونها ويوفر لهم الاطمئنان والسلام فى حياتهم ومستقبلهم .

لم يكن للقاضى راتب فى صدر الاسلام بل كان يأخذ من بيت المال مايكفيه دون رقيب أو محاسب .

٤ - فكرة القاضى الطبيعى :

استوجب مبدأ الفصل بين السلطات الذى نادى به الفيلسوف مونتسكيو فى مؤلفه روح القوانين سنة ١٨٤٨ استقلال السلطة القضائية عن السلطتين التشريعية والتنفيذية . فكل تدخل من أى من هاتين السلطتين فى اختصاص القاضى بمناسبة دعوى معينة يعتبر اعتداء على استقلال السلطة القضائية .

ويأتى هذا التدخل فى شكل انتزاع الدعوى من قاضيهما الاصيل طبقا لأحكام القانون الذى حدد اختصاصه أى ولايته على الدعوى ثم جعلها من اختصاص قاض آخر .

وهذا الانتزاع المفتعل للولاية أو الاصغاء المصطنع للاختصاص ينطوى - ولاشك - على مساس باستقلال القاضى صاحب الاختصاص بنظرها ، بل يتضمن ايضا

عداونا على استقلال القاضى الذى أصبحت الدعوى من اختصاصه بطريق الانتقال بل وعلى حياد هذا الاخير باختياره لنظر دعوى معينة بالذات .

وكل ما تقدم يعد تدخلا فى شئون القضاء لما يؤدى الى تنحية قاض عن دعواه وتخصيص قاض بالذات لنظرها .

ومعنى ذلك أن مبدأ القاضى الطبيعى مكمل لمبدأ أى استقلال القاضى وحياده وان كان مبدأ استقلال القضاء هو الأصل العام الذى تفرع عنه مبدأ حياد القاضى ومبدأ القاضى الطبيعى .

اتجاه الدساتير :

تضمنت الدساتير الفرنسية الصادرة فى ١٨١٥ (المادة ٦٠) وفى ١٨٣٠ (المادة ٦٢) وفى ١٨٤٨ (المادة ٤) نصوصا تحظر حرمان الشخص من قاضيه الطبيعى .

Nul ne sera distrait de ses juges naturels

وقرر دستور ١٨٧٥ (المادة ١٧) أن القاضى ضمان اساسى للحريات . وأكد ذلك الاعلان العالمى لحقوق الانسان الصادر فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ حين نص فى مادته العاشرة على أن لكل انسان الحق على قدم

المساواة التامة فى أن تنظر قضيته بانصاف وبعلاية محكمة طليقة الراى نزيهة عن الغرض فتقطع فى الحقوق التى له والموجبات التى عليه وفى صحة كل تهمة جنائية يرمى بها .

واورد دستور جمهورية مصر العربية المادة ٦٨ التى تنص على أن «القاضى حق مضمون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا .

ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار ادارى من رقابة القضاء .

وبمثل ذلك قرر الدستورى الايطالى الصادر فى سنة ١٩٤٨ فى المادة ٢٥ منه على أنه لايجوز ان يحرم شخص من قاضيه الطبيعى الذى حددته القانون .

عناصر القضاء الطبيعى :

وانطلاقا من مبادئ استقلال القضاء وحياد القضاء والقاضى الطبيعى يمكن ان نستخلص عناصر القضاء الطبيعى فيما يلى :

أ - انشاء المحكمة وتحديد اختصاصها بقانون :
فالقانون هو المصدر لقواعد

الاجراءات الجنائية ، بمعنى أنه هو الذى يبين التنظيم القضائى ويحدد قواعد الاختصاص فالمحكمة المختصة بنظر الدعوى تنشأ ويحد اختصاصها طبقا للقانون الذى تصدره السلطة التشريعية فاذا جاءت السلطة التنفيذية وانشأت جهة معينة للفصل فى بعض الدعاوى فلا يمكن اعتبار تلك الجهة من المحاكم ، وبالتالي لاتعتبر قضاء طبيعيا للمواطنين .

ب - انشاء المحكمة وتحديد اختصاصها قبل وقوع الجريمة . فيجب أن يعرف سلفا كل مواطن من هو قاضيه الطبيعى . ولايجوز بعد وقوع الجريمة انتزاع المتهم من قاضيه الطبيعى الى محكمة أخرى اقل ضمانا انشئت خصيصا لمحاكمته .

ولايجل السلطة التشريعية أن تعدل فى قواعد التنظيم القضائى والاختصاص الا فى اطار مبادئ استقلال القضاء وحيدة القضاء والقضاء الطبيعى .

فاذا انتزعت بعض الدعاوى التى كانت من اختصاص محكمة ونقلها الى محكمة أخرى اقل ضمانا للمتهم فان التشريع الذى وافقت عليه يكون غير دستورى لمساسه بمبدأ الفصل بين السلطات .

ولا محل للتحدى بأن القانون الجديد المعدل للتنظيم القضائى أو للاختصاص يستوحى احكامه من اعتبارات حسن تنظيم العدالة ، لان هذه الاعتبارات لايمكن ان تعلو على احترام الحرية الشخصية التى يضمنها استقلال القضاء وحياده .

فاذا كانت المحكمة التى انشئت حديثا أو ذات الاختصاص الجديد قد انشئت او تحدد اختصاصها بمناسبة دعوى جنائية معينة فانه لايمكن الاطمئنان تماما الى استقلالها وحيادها .

وتزول شبهة المساس باستقلال القضاء وحياده اذا كان القانون الجديد قد جعل الدعوى من اختصاص محكمة أكثر ضمانا للمتهم ، ففى هذه الحالة يتأكد احترام الحريات ، مما يدل على ان التنظيم او الاختصاص القضائى الجديد كان مبعثه مجرد حسن اعتبارات العدالة .

مثال ذلك أن يكون القاضى من القضاء المهنيين .

أو زيادة عدد القضاء .

أو منح طريق الطعن فى احكام المحكمة امام جهة قضائية اعلى كل ذلك دون اخلال بالضمانات التى تتوافر للمتهم فى

اجراءات المحاكمة امام القاضى الجديد .

ويدق البحث فى حالات الاختصاص المزدوج حين ينص القانون الجديد على اختصاص اكثر من محكمة بنظر الدعوى الجنائية وتكون احدهما اقل ضمانا من الثانية ، ويجعل مناط اختصاص أى من هاتين المحكمتين فى يد سلطة الاتهام او الاحالة .

مثال ذلك مانصت عليه المادة التاسعة من قانون حالة الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ من أنه يجوز لرئيس الجمهورية او لمن يقوم مقامه ان يحيل الى محاكم امن الدولة الجرائم التى يعاقب عليها القانون العام وقد صدرت اعمالا لهذا النص - اوامر رئيس الجمهورية رقم ٤١ لسنة ١٩٥٨ ورقم ٣١١ سنة ١٩٦٤ ورقم ٧ سنة ١٩٦٤ ورقم ١٦ سنة ١٩٦٨ .

وهذا الاختصاص المزدوج بين محكمتين متفاوتتين فى الضمانات يتعارض مع اصول الشرعية الاجرائية لاعتبارات ثلاث :

١ - ان اختصاص المحاكم يجب ان يتحدد بواسطة القانون وفقا لمعايير موضوعية مجردة

لا ان يكون متوقفا على مشيئة سلطة معينة .

٢ - لايجوز لاية سلطة ان تنتزع الدعوى من قاضيها الطبيعي الى محكمة اخرى .

٣ - يتعارض هذا الاختصاص المزدوج مع مبدأ المساواة امام القانون لأنه يجعل حظ المواطنين في مدى التمتع بالضمانات متوقفا على مشيئة سلطة الاحالة .

لما كان ذلك ، فان مثل هذا النص يعد مخالفا للدستور لتعرضه مع مبدأ استقلال القضاء ومبدأ المساواة امام القانون ، ومن ثم فهو غير دستوري .

ج - ان تكون المحكمة دائمة :

ويقصد بذلك المحكمة العادية التي انشأها القانون لنظر مثل هذه الدعاوى الجنائية دون قيد زمني معين سواء تحدد هذا التقيد بمدة معينة أو بظروف مؤقتة مثل حالة الحرب أو حالة الطوارئ .

فالمحاكم المؤقتة لاتعتبر من عداد القضاء الطبيعي ، اذ الدعاوى الجنائية هي دائما من اختصاص المحاكم العادية التي لايتوقف وجودها أو اختصاصها على وقت محدد أو ظرف معين .

القاضي الطبيعي هو ضمان احترام حقوق الانسان :

ويخلص مما تقدم بجلاء ان القضاء الطبيعي ماوجد الا لحماية الحقوق الفردية واحترام الحريات العامة ، ويحضرني في هذا الصدد ما دار من كلمات في مؤتمر الاتحاد الدولي لحقوق الانسان في باريس في الفترة من ٢٢ الى ٢٦ يونيه ١٩٨٩ بمناسبة مرور مائتي سنة على قيام الثورة الفرنسية واعلان حقوق الانسان .

فقد تعالت الصيحات من العدوان على حقوق الانسان في بعض الدول وبالاخص على لسان بعض ممثلي دول العالم الثالث وقد تصدى لهم المحاضر حين نكر كلمته يوم ٢٤ يونيو ١٩٨٩ ان رجال السياسة يقولون ما يريدون لحماية حقوق الانسان بينما ان السلطة التنفيذية تفعل ماتشاء عدوانا على حقوق الانسان بمقولة الحفاظ على سلامة الدولة وأمنها وقد تجارها في تلك السلطة التشريعية وبالاخص في الدول النامية بسن تشريعات استثنائية بحجة تحقيق هذا الغرض ، فلم يبق امامنا سوى السلطة القضائية فهي السلطة المنوط بها حماية الحريات العامة والمكلفة بصيانة الحقوق الفردية وذلك من عنف

السلطة التنفيذية ومن قسوة النصوص التشريعية .

وأقصد بذلك القاضي الطبيعي أي المحاكم العادية وليست المحاكم الاستثنائية ، فالقاضي الطبيعي وحده هو الذي يرعى الحريات ويحترم الحقوق .

وانتهينا في كلمتنا هذه الى وجوب مساندة الرأي العام لاتجاهات القضاء الطبيعي وتشجيعه في الاتجاه الذي يسير فيه .

تطبيقات :

وتطبيقا للضوابط المشار اليها من قبل فانه يعتبر من قبيل القضاء الطبيعي :

- محاكم الاحداث المنشأة بمقتضى القانون رقم ٣١ لسنة ١٩٧٤ ويتحدد اختصاصها اصلا بصفة المتهم وهو كونه من الاحداث .

- المحاكم العسكرية المنصوص عليها في قانون الاحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ والتي يتحدد اختصاصها اما بناء على صفة المتهمين مثل العسكريين او بناء على طبيعة الجريمة .

- محاكم امن الدولة الدائمة التي اصبحت جزءا من السلطة القضائية بمقتضى المادة ١٧١

من الدستور التي تنص على أن القانون ينظم ترتيب محاكم امن الدولة ويبين اختصاصها والشروط الواجب توافرها فيمن يتولى القضاء فيها وقد انشئت هذه المحاكم بالفعل بمقتضى القانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

أما محاكم أمن الدولة (طوارئ)، فهي محاكم مؤقتة تنشأ بسبب حالة الطوارئ ومناطق اختصاصها الاستثنائية هو قيام حالة الطوارئ ومتى انتهت هذه الحالة انحسر اختصاص هذه المحاكم بقوة القانون لكي تعود الى قاضيه الطبيعي .

ومن ثم فان هذا النوع من المحاكم لا يعد من عداد القضاء الطبيعي .

محكمة القيم :

واذ صدر قانون حماية القيم من العيب رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ اورد في المادة ٢٧ وما بعدها تشكيل قضاء القيم الذي يتضمن شخصيات عامة ، وهي ولائشك صورة من صور القضاء الشعبي تطبيقا لنص المادة ١٧٠ من الدستور التي تنص على أن :

«يسهم الشعب في اقامة العدالة على الوجه وفي الحدود المبينة في القانون» .

ولما كانت محكمة القيم قد توافر فيها عناصر القضاء

الطبيعي على النحو سالف الذكر هذا فضلا عن أن المادة ٣٨ من قانون حماية القيم من العيب قد اوردت انه تتبع في المحاكمة امام محكمة القيم القواعد والاجراءات المقررة في قانون المرافعات المدنية والتجارية وقانون الاثبات وقانون الاجراءات الجنائية .

لما كان ماتقدم ، فان محكمة القيم تدخل في عداد القضاء الطبيعي ، ولا تعتبر من قبيل القضاء الاستثنائي كما يزعم المغرضون الذين ينادون بالغائها بعد ان اثبتت في احكامها بجدارية انها ساهمت بقسط وفير في محاربة الفساد وملاحقة المنحرفين .

المحاكم الاستثنائية :

وقد عرفت مصر ضربا من المحاكم الاستثنائية بعد قيام حركة الجيش في ٢٣ يوليو ١٩٥٢ ، فأوجدت نوعا من المحاكم المؤقتة بظروف معينة تشكل عادة من غير القضاء ولها اجراءات تنفرد بها تتبع في مجال التحقيق والاتهام والمحاكمة .

وهذه المحاكم هي :

- محكمة الغدر المنشأة بالقانون رقم ٣٤٤ لسنة ١٩٥٢ .

- محكمة الثورة المنشأة بأمر مجلس قيادة الثورة في ١٦ سبتمبر ١٩٥٢ .

- محكمة الشعب .

وغنى عن البيان ان هذه المحاكم لا تعتبر قضاء طبيعيا للمواطنين ، وتوجب قواعد الشرعية الاجرائية شجبها وعدم جواز انشائها لأنها محاكم استثنائية .

حالة الطوارئ والقضاء الطبيعي :

أنشأ القانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بشأن حالة الطوارئ المعدل بالقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٨٢ محاكم أمن الدولة طوارئ .

ومن بين نصوص هذا القانون المادة الثالثة مكرر التي قررت حق المعتقل في التظلم من اعتقاله الى محاكم امن الدولة العليا ، ولوزير الداخلية في حالة صدور قرار بالافراج ان يطعن على قرار الافراج ، وحينئذ يحال الطعن الى دائرة اخرى للفصل فيه .

وتعليقا عن هذا النص ذهب الفقهاء الى أن تدخل وزير الداخلية في الاجراءات يعد مساسا صارخا بمبدأ الفصل بين السلطتين القضائية والتنفيذية .

وكان قد عرض الامر على هيئة الخبراء باللجنة الدولية لرجال القضاء والتي انعقدت في ايطاليا في الفترة من ٣٠ ابريل الى ٤ مايو ١٩٨٤ لبيان المحكمة المختصة بنظر الجرائم التي تقع في ظل حالة الطوارئ ، وكان من رأى بعض هؤلاء الخبراء ان ذلك الامر من اختصاص المحاكم الاستثنائية .

بينما تصدى لهم المحاضر اليوم مناديا بوجوب احترام فكرة القاضي الطبيعي وأن يكون اختصاص الحكم في الجرائم المرتبكة ابان قيام حالة الطوارئ للمحكمة العادية وليس للمحاكم الاستثنائية .

وقد اقرت هيئة الخبراء بأغلبية الآراء هذا الاتجاه الثاني تأسيسا على وجوب مراعاة احكام الاتفاقية الدولية للحقوق المدنية والسياسية المبرمة في ١٦/١٢/٦٦ (المادتين ٤ و ١٤) نصا وروحا .

الجزاء

وغنى عن البيان انه اذا وقعت مخالفة من جانب السلطة التشريعية لمبدأ القاضي الطبيعي فوضعت تشريعا يكرس هذه المخالفة فان هذا التشريع الصادر يعتبر غير دستوري ، وحسب المحكمة الدستورية العليا ان

تقضى بعدم دستوريته فيصبح عديم الاثر .

واذا اعتدت السلطة التنفيذية على قسمية هذا المبدأ فان الحكم الصادر من القاضي الاستثنائي يعتبر باطلا ، ولاحجية له لعدوانه على استقلال السلطة القضائية .

وبعد ، فان الحق بين والباطل بين .

وجدير بسلطات الدولة ان تحترم مبدأ المشروعية أو مبدأ الشرعية أو مبدأ احترام القانون أو مبدأ سيادة القانون أو مبدأ سيطرة أحكام القانون .

فاذا تنكبت احدى السلطات الطريق المستقيم واعتدت على مبدأ القاضي الطبيعي فحسب السلطتين الأخريين أن تردا عن غيها .

٥ - جزاء عدم احترام القانون :

للدستور مكان الصدارة بالنسبة لسائر قوانين الدولة ، فقواعده تسمو على جميع القوانين الأخرى ، ومن ثم يتعين ان تصدر هذه القوانين في نطاق احكام الدستور فلا تخالفها وهو ما يطلق عليه مبدأ دستورية القوانين . ومعنى المبدأ أنه يجب على جميع سلطات الدولة وبالاخص السلطة التشريعية أن

تلتزم بأحكام الدستور ، فلا يجوز أن يصدر تشريع عادى أو حتى تشريع فرعى اذا كان أى منهما مخالفا للمبادئ التي قررها الدستور ، فالقانون الذي يصدر متعارضا مع الدستور يعتبر قانونا غير دستوري ويحكم بعدم دستوريته ، واذا صدر تشريع فرعى مخالفا لتشريع عادى أو تشريع دستوري فيحكم أيضا بعدم مشروعيته .

وقد أناط القانون المصرى بالمحكمة الدستورية العليا القضاء بعدم دستورية القوانين واللوائح .

أما اذا قامت السلطة الادارية بعدم الالتزام بمبدأ المشروعية فأصدرت قرارا اداريا مخالفا للقانون فان السلطة القضائية تراقب مشروعية القرار الادارى ، واذا تبين لها عدم المشروعية تصدر حكما بإلغاء القرار الادارى .

كما تقضى أيضا بالتعويض عن هذا القرار الادارى الذي صدر مخالفا للقانون اذا طلب منها ذلك .

وهنا تلتزم الدولة بأداء التعويض للمحكوم له باعتبار أن الخطأ الذي ارتكب هو خطأ مصلحي .

وقد يدق الأمر اذا كان عدم مشروعية القرار الادارى ناشئا عن الانحراف فى استعمال السلطة او سوء استعمال السلطة أو التعسف فى استعمال السلطة .

فانه فى هذه الحالة يسأل الموظف العام مسئولية تقصيرية عن هذا الفعل غير المشروع :
التي يعد خطأ شخصيا لخطأ مصلحيا ويلتزم وحده بالتعويض وترفع عليه الدعوى أمام القضاء العادى .

فمن المسلم به فى أوساط الفقه ودوائر القضاء أنه اذا انحرف الموظف العام عند أداء الواجب المفروض عليه ، وصدر تصرفه بقصد الاضرار بالغير لأغراض نابية عن المصلحة العامة ، كان متعسفاً فى استعمال السلطة ، وتحققت مسئوليته التقصيرية .

(نقض فى ١٩/١١/١٩٤٢ ، مجموعة القواعد القانونية التي قررتها محكمة النقض فى ٢٥ سنة ، الجزء الأول ص ١٧١ رقم ٢) .

ودعوى المسئولية التقصيرية عن التعسف فى استعمال السلطة من اختصاص القضاء العادى وحده (الدكتور عبد الرزاق أحمد

المسنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ، الجزء الأول ، ص ٩٦٨ ، هامش ٣) .

ان المساءلة الشخصية للعاملين فى الدولة ، أيا كانت مواقع عملهم ، عما يصدر منهم من أخطاء شخصية تجاوز ما يقتضيه مباشرة أعمال وظائفهم أو مناصبهم أمر مسلم ومقرر حتى فى مجال المسئولية عن القرارات الادارية ، وليس فقط عن العمل العادى غير المشروع .

والفعل التقصيرى الموجب لمساءلة الموظف شخصيا هو ذلك الذى يكشف عن نزوات مرتكبه وعدم تبصره وتغيبه منفعتة الشخصية أو قصد النكاية والاضرار بالغير أو كان الخطأ المكون له جسيما (المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٤٣٧ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٨٣/٥/٢٠) وتعبير آخر فان العبرة بالقصد الذى ينطوى عليه الموظف وهو يؤدى واجبات وظيفته فكلما قصد النكاية أو الأضرار أو تغيا منفعتة الشخصية كان خطؤه شخصيا يتحمل هو نتائجه ، وكذلك كلما كان الخطأ جسيما أو مكونا لجريمة (المحكمة الادارية العليا فى الطعن رقم ٨٥٣ لسنة ٣ ق جلسة ١٩٥٩/٦/٦ ويراجع فى

ذات المعنى فتاوى الجمعية العمومية للقسم الاستشارى بمجلس الدولة رقم ٧٨٤ فى ١٩٦٧/٦/٢٦ ، ٨٩٥ فى ١٩٦٧/٧/١٨) .

وهذا هو عين المبدأ فى مساءلة الموظف عما يتخذه من قرارات ادارية غير مشروعة ، فالمساءلة ترد على خطئه الشخصى ويكون ذلك بالبحث وراء نية الموظف فاذا كان يهدف من القرار الادارى الذى أصدره الى تحقيق الصالح العام أو كان قد تصرف لتحقيق الأهداف المنوطة بالادارة تحقيقها والتي تدخل فى وظيفته الادارية فان الخطأ يندمج فى اعمال الوظيفة بحيث يمكن فصله عنها ويعتبر من الأخطاء المنسوبة الى المرفق العام ويكون خطأ الموظف هنا مصلحيا ، أما اذا تبين أن الموظف لم يعمل للصالح العام أو كان يعمل مدفوعا بعوامل شخصية أو كان خطأ جسيما بحيث يصل الى حد ارتكاب جريمة تقع تحت طائلة قانون العقوبات فان الخطأ فى هذه الحالة يعتبر شخصيا .

وقد قطعت محكمة النقض قول كل مرجع بغير ما تقدم ، فقضت منذ زمن بعيد - وعلى ذلك قضاؤها حتى اليوم - بأنه

إذا ارتكب الموظف - ولو أثناء قيامه بوظيفته أو بمناسبة قيامه بها - خطأ بدافع شخصي من انتقام أو حقد أو نحوهما فالموظف وحده هو الذي يجب أن يسأل عما جر إليه خطؤه من الضرر بالغير (جلسة ١٠/٤/١٩٣٢ طعن ٣٢٠٠ لسنة ٢ ق) .

وفى ظل تلك الأصول المؤصلة ، والمبدأ القضائي القويم لا ينبغي أن يفلت موظف أو شاغل منصب عام من المساءلة عما يكون قد أتاه بباغث شخصي منبت الصلة بالوظيفة العامة أو المنصب العام قاصداً الاساءة والأضرار بالغير ، ففى مؤاخذه والضرب على يده ، مدنيا وجزائيا ، رحمة عظيمة بالناس وردع لأمثال ذلك المسيء وعظة لغيره مما تسول لهم أنفسهم أن يحذوا حذوه أو تحدثهم بأن يستعملوا ما ائتمنوا عليه من سلطات ومكنات الإدارة المقررة والمشروعة لاستعمالها فى تحقيق الصالح العام للمرفق وتسيير العمل فيه ، فى الأضرار بالغير والاساءة اليهم والتيل منهم .

ويجدر التنبيه فى هذا الصدد الى أن الموظف العام المنحرف حين ترفع عليه دعوى التعويض عن خطئه الشخصى - يحاول هذا الموظف جاهدا التوصل بدفع

يقدمه الى المحكمة المدنية لاقالته من خبيث فعله والافلات من مسؤوليته التقصيرية عن فعله الشخصى متذعرا بأن ماصدر عنه كان فى مجال اداء اعمال وظيفته ويقصد مباشرة اعمالها ابتغاء نقل عبء المسؤولية الواقعة على عاتقه أصلا الى مسؤولية ادارية عن القرار الادارى الباطل وغير المشروع .

ولكن هيئات ما أصدره من قرارات أو استصدرها كان كيدا بالمدعى فى دعوى المسؤولية التقصيرية واضراراً به ولايمت فعله بصلة بالمصلحة العامة بل هو منبت الصلة بها تماما .

ويجب القول هنا باختصاص القضاء العادى ولائيا بذلك الدعوى .

واضرب لذلك مثلا : اذا ارتكب الموظف العام عملا يتضمن تعطيل تنفيذ القانون مستغلا فى ذلك سلطة وظيفته وقام القصد الجنائى فى حقه ففعله هذا يقع تحت طائلة العقاب المقرر فى المادة ١٢٣ من قانون العقوبات التى تعاقب بالحبس والعزل الموظف العام الذى يستغل سلطة وظيفته فى تعطيل تنفيذ القوانين .

فالى جانب مسؤوليته الجنائية

تقوم مسؤوليته المدنية أى مسؤوليته التقصيرية عن خطئه الشخصى لارتكاب تلك الجريمة اذا ثبت من وقائع الدعوى انه ما أصدر قراره الادارى الانتجية لتعصبه للطائفة التى ينتسب لها واضراراً بغيرها ، أو نتيجة خلاف سياسى أو دينى ، أو من جراء حقد شخصى ، مما يحجبه عن أداء عمله طبقا للحق والعدل ونفاذا لحكم القانون .

وفضلا عن المسؤولية الجنائية والمسؤولية المدنية للموظف العام ، فهناك المساءلة الادارية التى تحققها النيابة الادارية فاذا ما استبان لها ان هذا الموظف قد خرج عن حدود الواجب الوظيفى ولم يحترم القوانين قد استحق جزاء تأديبيا توقعه عليه المحكمة التأديبية .

القسم الثانى أداء السلطة القضائية «دراسة عملية»

٦ - قيم وتقاليد القضاء :

الاستقلال عن السلطة التنفيذية

واذا كان من طبيعة القضاء ان يكون مستقلا ، فكل مساس بالاستقلال من شأنه ان يعيب بجلال القضاء وكل تدخل فى عمل القضاء من جانب اية سلطة

من السلطتين الاخرتين وبالاخص من السلطة التنفيذية يخل بميزان العدل ويقوض دعائم الحكم ، ان في قيام القاضي باداء وظيفته حرا مستقلا مطمنا على كرسيه آمنا على مصيره اكبر ضمانا لحماية الحقوق ، أليس هو الامين على الأرواح والحريات والاموال ؟ أليس هو الحارس للشرف والعرض ؟ أليس من حق الضعيف اذا ناله ضيم او حاق به ظلم ان يطمئن الى انه امام القضاء قوى بحقه مهما يكن خصمه قويا بماله او نفوذه او سلطانه اذ يجب ان ترعى الجميع عين العدالة ؟ تلك حقيقة ابرزها كبير القضاة الامريكيين ستورى Story منذ عشرات السنين حين ، قال انه لا توجد في الحكومات البشرية سوى قوتين ضابطين : قوة السلاح ، وقوة القوانين ، واذا لم يتول قوة القوانين فضاة فوق الخوف وفوق كل ملامة فان قوة السلاح هي التي ستسود حتما ، وبذلك تؤدي الى سيطرة النظم العسكرية على المدنية (الدكتور محمد عصفور ، استقلال السلطة القضائية ، ١٩٦٨ ، ص ٢) .

وظيفة الحكومة في القضاء ان تعمل على بقاء الجودة في الصنعة والمتانة في الخلق واصل عملها السلب اي الامتناع

عن كل ما يمس القاضي في نفسه وفي عمله حتى لا تشوش عليه صنعته .

واذا كان الاستقراء قد دل على ان السياسة في بعض الدول الاخرى كفرنسا كانت لها اساليب متعددة تنفذ منها الى قدس القضاء (راجع ج رانسون ، فن القضاء) الا انه يجب ان تبتعد السياسة عن القضاء ، يجب على الحكومة الا توحى الى القضاء باتجاه معين في القضايا ، ذلك أن اتصال السياسة بالعدالة مفسده وأي مفسده ، هذا فضلا عن الاخلال الصارخ بمبدأ الفصل بين السلطات . واذا كان الامر كذلك من تحريم تدخل الدولة في سير العدالة او في القضايا اذ لا يكون على القضاة سلطان في قضائهم لغير القانون .

ولا يغيب عن الذهن من ناحية اخرى انه يجب على القاضي الا يبالغ في تكريم احد من افراد السلطة التنفيذية في الجهات التي يولون فيها القضاء بما يؤله بعض الناس بالملق أو التزلف . (مستشار حسن نجيب ، منكرات في استقلال القضاء ، سنة ١٩٤٥) .

واجبات قضائية :

١ - يجب على القاضي قراءة ملف الدعوى مقدما ودراسة موضوع النزاع .

ومن واجباته ايضا ان يحافظ على مواعيد الجلسات ، اذ لا يمكن ان تكون هناك عدالة بغير أمانة متشددة متزمته ، معنى ذلك - او من معانيه - انه لا يمكن ان تقوم عدالة حيث لا توجد مواظبة وهي نوع خاص من الامانة ينبغى ممارسته والتمسك به يوميا . فأمانة القاضي لا تلتبس في ان يكون ممتنعا عن ان ترقى اليه اية محاولة للتأثير او الفساد فحسب بل تلتبس ايضا في دقة مراعاة للمواعيد والمحافظة على وقت المحامين والجمهور فلا يتركهم في ساحات المحكمة يضيعون الوقت في انتظاره ليفتح الجلسة .

٣ - ويلتزم بأن لا يظهر رأيا خاصا اثناء المرافعة .

٤ - ويجب عليه الا يؤخر الفصل في القضية بدون مبرر ، ذلك ان مراعاة مصلحة المتقاضين هي في عدم تأخير الفصل في منازعاتهم لان التأخير بلا مبرر تضطرب معه شئونهم وتتدخل من جرائه فوائد يرتقبونها .

ان فكرة التريث في الفصل في القضايا جاءت من جماعة مكررة مرنوا على اجراءات المرافعات وبرعوا في طرق احتيالية لاطالة امد التقاضي

لیصبح المدین الملیء فی حالة اعسار ظاهرة بعد مرور فترة من الزمن على قیام الخصومة ومن أجل هذا ونظرا البطء اجراءات التقاضی فی العصر الحاضر درج الناس یرددون عبارة «ان العدالة البطیئة شر أنواع الظلم» .

۵ - ومن واجباته كذلك أن یبسط رأیه فی وضوح وإيجاز أثناء المداولة مع الالتزام باحترام آراء من هم اكبر منه سنا وأكثر خبرة وان كان رأیه كراى زملائه من حیث القيمة والاعتبار سواء بسواء ، فیجب ان تدور مناقشته فی موقف وسط بین تجنب المناقشة والمجادلة التي تخرج به من موضوع الدعوى . كما يلتزم دائما بأن یحافظ على سرية المداولة .

التوفیق بین القانون والعدالة :

واجب القاضی التفکیر وامعان النظر قبل اصدار الحكم واذا عرض امر یصح ان یكون مقبولا او عرضت وجهة نظر قد تكون صالحة فلا یقطع بالقبول او الصحة لأول وهلة واذا ظهر من البحث الأول ان الامر غیر مقبول وان وجهة النظر غیر صحيحة فلا یقطع بعدم القبول وعدم الصحة ، بل الواجب ان یمعن النظر یدقق یراجع مبادم

سبیل التحقيق والمراجعة ممهدا ، أى یقلب الرأى على مختلف وجوهه حتى یتیقن من مطابقتها لمقتضى الحال ولا یلتزم بالتأثیر الأول الذى یتبادر الى الذهن .

ومن واجباته قبل ان یصدر حكمه وفقا للقوانين الموضوعة ان یقارن بینها و بین ماتقضى به العدالة الطبیعية فاذا تبین ان التقید بحرفية النص یؤدى الى ظلم فالحش .

Summum jus summa injuria
Droit strict Supreme injustice
فلا یتردد بین الحكم بمقتضى القانون و بین الحكم بمقتضى العدالة وانما یجب علیه ان یحكم بمقتضى القانون وذلك أن القاضی یقول كلمة القانون .

Judex qui jus dicit Le juge est celui qui dit le droit Dura lex sed lex .

ومن ثم یلتزم بتطبيق قاعدة «القانون قاس ولكنه القانون»

أى أنه مطالب دائما بأن یطبق نص القانون وان لا یخل به وان لا یتحايل على تفسیره . تفسیرا یبعده عن حقیقته ولا أن یجعل له غرضا غیر ما وضع له .

تحریر الاسباب بطريقة واضحة تشتمل الوقائع وحکم القانون : ان تسبیب الاحکام من

أعظم الضمانات التي فرضها القانون على القضاة اذ هو مظهر قیامهم بما علیهم من واجب تدقیق البحث وامعان النظر لتعرف الحقیقة التي یعلنونها فیما یفصلون فیها من الاقضية ، وبه وحده یسلمون من مظنة التحکم والاستبداد ، به یرفعون ما قد یرین على الاذهان من الشكوك والریب فیدعون الناس الى عدلهم مطمئنین . ولاتنفع الاسباب اذا كانت عباراتها مجملة لاتقنع احدا ، ولغة الاحکام تتطلب ان تكون واضحة مخکمة سهلة ، والحکم الجید یتیز بثلاث صفات : ان یكون تاما وواضحا وموجزا .

(راجع المادة ۱۷۸ من قانون المرافعات المعدلة بالقانون رقم ۱۳ لسنة ۱۹۷۳ والمادة ۳۱۰ من قانون الاجراءات الجنائية) .

علاقة القاضی بالخصوم :

۱ - من آداب القاضی ان لا یقبل الهدية ، ومنع قبول الهدية انما هو للخوف من مراعاتها .

ان الامام علاء الدین الطرابلسی فی کتابه معین الحکام قال : «والاصوب فی زماننا عدم القبول مطلقا لان الهدية تورث اذلال المهدي واغضاء المهدي اليه ، وفى ذلك ضرر القاضی ودخول الفساد علیه» . قیل أن الهدية تطفئ نور الحکمة . قال

رابعة : اياك والهدية فانها
ذريعة الرشوة، وفي كل موضع
لم يحل للقاضي أخذ الهدية وجب
عليه ان لايقبلها فان قبلها وجب
عليه ان يردّها لصاحبها ، فلو
تعذر الرد اما لعدم معرفته او
لبعد مكانه وضعها في بيت مال
المسلمين .

واذا كان النبي ﷺ قد قبله
الهدية فانه معصوم .

٢ - ويجب على القاضي اذا
دعى لتناول الطعام ان لايقبل
الدعوة طالما كانت هناك
خصومة قائمة مع الداعي . واذا
لم تكن هناك خصومة فيجب
عليه الا يجيب اية دعوة الا اذا
وثق من خلوها من الموبقات .

٣ - واذا دخل القاضي على
الخصوم سلم عليهم تسليما عاما
لان السلام من سنة الاسلام ،
وكان القاضي شريح يسلم على
الخصوم ولكن لا يخض اقدمهم
بالتسليم عليه دون الآخر وهذا
قبل جلوسه مجلس القضاء . اما
اذا جلس للحكم فلا هو يسلم
عليهم ولا هم يسلمون عليه .

٤ - ولا ينبغي على القاضي
ان يركب مع الخصوم الا اذا
انتقل الى اجراء معاينة لمحل
النزاع .

٥ - ومن اداب القاضي
موعظة الخصوم ، اى تعريفهم

بأن من خاصم في باطل فانه
خائن في سخط الله ، ومن
حلف ليقطع مال اخيه بيمين
فاجره فليقبوا مقعده من النار .

٦ - اما من أساء أدبه من
الخصوم في مجلس القضاء اى
ارتكب ما يطلق عليه بجرائم
مجلس القضاء كما لو قال أحد
الخصوم للقاضي «ظلمتني» أو
أمانه بأى شكل من الاشكال
عززه القاضي ، ويرى بعض
الحكماء ان العفو في مثل هذا
أمثل من العقوبة .

علاقات القاضي بالغير :

١ - اصحاب القاضي :

لا ينبغي للقاضي ان يكثر
الدخال عليه او الركاب معه ولا
يجالسونه في غير حاجة كانت
لهم ، الا ان يكونوا أهل امانة
ونصيحة وفضل فلا بأس بذلك .
ويكفى للقاضي في معرفة قبح
حال الرجل ان يصحبه في غير
حاجة ولارفع مظلمة
ولاخصومة ، وحق عليه ان
يمنعه من ذلك ، لانهم انما
يلزمون ذلك لاستئصال اموال
الناس لانهم يرون ان لهم عند
القاضي منزلة . ولهذا قالوا من
تردد الى القاضي ثلاث مرات
في غير حاجة فنلك جرحه في
عدالته .

٢ - علاقته بالشهود :

شهادة الشهود
La preuve
Testimoniale

هى الطريق الطبيعى
للاثبات . يجب على القاضي
احترام الشاهد . روى عن النبي
ﷺ قوله : «أكرموا الشهود فان
الله تعالى يحق بهم الحقوق»
فينبغي على القاضي الا يوجه
الى الشاهد اى تلميح او تصريح
يفيد الاستهانة بشأن أو تعليق
يتضمن معنى عدم احترامه حتى
لايصل الى حالة انكار الشهادة
بما قد تضار به العدالة . لايسوغ
له أن يظهر امام الشهود بمظهر
المتشكك في اقوالهم بابداء
ملاحظات او اشارات تبعث
الخوف في نفوسهم وتعقل
السنتهم عن تقرير ما أزمعوا
الادلاء به من حقائق في
الدعوى . كما يجب عليه من
ناحية اخرى موعظتهم ..

٣ - علاقته بالمحامين :

المحامى معاون للعدالة على
اظهار الحقيقة . ينبغي عدم
اساءة الظن به حين يسعى في
القيام برسالته . ويجب ان يمكن
المحامى من اداء واجبه وان
يجاب الى طلبه ما أمكن ذلك ،
هذا مع مراعاة عدم تعطيل
الفصل في الدعوى كل ذلك من
اجل الا يفقد المتقاضون ثقتهم
بالعدالة .

٤ - علاقته بموظفي المحكمة :

يجب ان تتسم تلك العلاقة بروح من الود والتفاهم لما فيه صالح العمل على ان يتوافر الحزم اللازم عند الضرورة ، ولايصح ان توصل علاقة العمل الى التغاضي عن الاخطاء او الاهمال الذي قد وقع من أحدهم . الوصايا العشرون التي يجب أن يتبناها القاضي :

كما وضعها القاضي ج ، ب رانسون (قاضي محكمة السين) في ختام مؤلفه «فن القضاء» طبعة ١٩١٢ ترجمة المستشار محمد رشدي ، ص ١٠٥ .

١ - يجب على القاضي أن يحرص على اليمين التي أقسمها غاية الحرص وانه يرفعها بغاية الدقة .

٢ - ان يحافظ على الحضور في ميعاد الجلسة .

٣ - وان يقابل المتداعين بالبشاشة والبشر .

٤ - وأن يكون رؤوفا بالضعفاء المحرومين^(١) .

٥ - وان يتجنب طلب الشهرة والاعلان عن نفسه .

٦ - وان يسعى في الصلح بين المتداعين .

٧ - وأن يوفق بين القانون وبين ما يؤدي اليه اجتهاد رأيه .

٨ - وان لا يغالي في الاعتداد بنفسه .

٩ - وأن يفر من العمل الراتب قراره من الطاعون^(٢) .

١٠ - وأن يعترف بخطئه اذا أخطأ^(٣) .

١١ - وأن يقضى بالبراءة حالا في حالة الشك .

١٢ - وأن يكون قاسيا أشد القسوة على غلاظ القلوب .

١٣ - وان لا يكون صاحب نكته .

١٤ - وان ييسر الاجراءات اذا امكن ذلك بغير ضرر .

١٥ - وان يقرأ اوراق الدعوى على مهل وبدقة .

١٦ - والا يتسرع في حل النزاع والا يبطيء .

١٧ - وان لا ينال وقت المرافعة .

١٨ - وأن يحرر احكامه تامة ومع الاختصار ويخط يقرأ .

١٩ - والا يفكر في الترقية الا يوم الأحد .

٢٠ - وأن يكون خادما مطيعا للقانون الى أن يختاره الله الى جواره .

٧ - تدريب القضاة

لاشك ان من بين الواجبات التي تضطلع بها وزارة العدل هو اعداد رجال القضاة وتدريبهم عند توليهم لمناصبهم وتوجيههم الى الصائب من الرأي فيما يقوم عليهم .

ولن يتأتى ذلك الا بتنظيم دورات تدريبية لرجال القضاء تلقى فيها دروس وتمرين عملية بمعرفة كبار رجال القضاء في شتى فروع القانون . ونرى ان في تدريب القضاة حلا ناجحا لمشكلة تراكم القضايا التي كثر الحديث عنها منذ القديم ، فقد نشأت هذه المشكلة بسبب ضعف مستوى الاداء ونقص الخبرة لدى القضاة ، فما استوجب ايجاد اسلوب لتدريبهم حتى يكتسبوا تلك الخبرة ، ويتمكنوا بذلك من الفصل في القضايا .

٨ - وجوب تخصص القضاة :

ذهب بعض انصار المدرسة الوضعية الايطالية وبالاخص أزيكوفسكى الى ضرورة تخصص قضاة في القضايا الجنائية يتعمقون في دراسة القانون الجنائي والعلوم الجنائية الأخرى مثل علم الاجرام وعلم النفس الجنائي وعلم العقاب - حتى تكون نظرهم أعمق غورا في معالجته أسباب الاجرام

واصلاح حال المجرمين ، اذ ان التخصص في ميادين العلوم والفنون المختلفة مدعاة للتفزع ، ومن ثم تؤدي الى الاتقان .

أما في المجال المدني والتجاري والأحوال الشخصية فهو من باب أولى يستوجب التخصص وهو ما يؤدي ولاشك الى الاصلاح القضائي والقضاء على مشكلة تراكم القضايا لان من شأنه ان يرفع القدرة الانتاجية لرجال القضاء .

وهو ما استجاب اليه المشرع في المادة ١٢ من قانون السلطة القضائية رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ حين قرر التخصص ووضع ضوابطه . بيد أن نظام التخصص لم يوضع بعد موضع التنفيذ .

هذا الى ان من مصلحة الجماعة ان تجيء كلمة العدالة سريعة حاسمة ولن يتيسر ذلك الا بالتخصص .

٩ - دور التفتيش القضائي :

تضم ادارة التفتيش القضائي نخبة وميزة من صفوة رجال القضاء ، تختص بالتفتيش على اعمال القضاة ورؤساء المحاكم الابتدائية لجمع البيانات التي تؤدي الى معرفة أوجه كفايتهم

ومدى حرصهم على اداء واجبات وظيفتهم ، كما تختص بتحقيق الشكاوى المقدمة ضدهم .

ولئن كانت تلك الادارة تؤدي دورها على النحو المذكور الا أننا نرى اضافة مهمة أخرى اليها هي التوجيه والأرشاد بتعميم نشرات على رجال القضاء تتضمن أخطاءهم الشائعة من أجل تفادي تكرارها ، فضلا عن قيام المفتش بتوجيه رجل القضاء بمناسبة التفتيش على أعماله حتى يتيسر له تدارك ماوقع فيه من أخطاء .

خاتمة

١٠ - وبعد :

فان القضاة نخبة من رجال الأمة ، أشربت نفوسهم احترام القانون وانغرس في قلوبهم حب العدل . وهم بطبيعة وظيفتهم يؤمنون بمبدأ المشروعية ، فلا يقدر لهذا المبدأ قيام واستقرار اذا لم يوجد قضاء حر مستقل يحميه من الاعتداء ويدفع عنه الطغيان .

ومن ناحية أخرى فانه لكي يتاح لهذا المبدأ ان ينتج كل آثاره

يجب ان توجد سلطة قضائية قوية من رجال نوى كفاية مستقلين عن السلطة السياسية ،

ويجب الاعتراف بأن الاحكام التي يصدرها هؤلاء الرجال هي أحكام واجبة الاحترام من المحاكم على السواء . فالاخلال بذلك يصير بمبدأ المشروعية الى العدم .

وقد أورد الدكتور عبد الرزاق السنهوري في مقال له منشور بمجلة مجلس الدولة عدد يناير ١٩٥٢ - أورد قولاً مأثوراً للفقيه ديجي أبرز فيه دور القضاء ورجاله في تأمين مبدأ المشروعية والضمانات التي تكفل أداء هذا الدور على الوجه الأكمل .

ثم أرفف الدكتور السنهوري قائلاً ان الديمقراطية في أشد الحاجة الى رقابة القضاء ، السلطة التنفيذية هي أقوى السلطات جميعاً تتغول السلطة التشريعية وتسيطر عليها ، والدواء الناجع لهذا الحال هو العمل على تقوية السلطة القضائية واستقلالها عن السلطة السياسية .

والله ولي التوفيق ،

رواش

(١) وأن هذا تأكيد للمثل اللاتين الذى يقول «كن رحيما مع المستضعفين واقهر المستكبرين» .

Parcere subjctis et depellare superbos

Etre clément avec les assujettis et vaincre les orgueilleux .

(٢) ألا يتقيد القاضى كثيرا بالعمل الراتب ، اذ المعروف عند القاضى أنه يعميل بطبعه الى أنه يعمل بمحض ارادته .

(٣) هذا تأكيد للمثل اللاتينى الذى يقول (الخطأ جائز على الانسان ولكن الاصرار عليه غواية والافرار به هداية) .

Errara humanum est perseverare diabolicum. Fateri prope divinum .

Se troper est humain, persister dans l'erreur est diabolique, la confesser est presque divin .

يقول مونتسكيو «ان أخطاء كثيرة لاعدد لها تقع فى اعمال الانسان دون أن يشعر بها» ثم يقول «ان الظلم الذى يقع على شخص انما هو شبح مخيف يهدد الآخرين فاذا كان الانسان عرضة للخطأ فلا يخشى القاضى الاعتراف بالخطأ لانه فضيله تدل على عدم الاستسلام لما يعتور الانسان من نقص» .

البلاغة

سمع خالد بن صفوان رجلا يتكلم ويكثر فى الكلام فقال له :

اعلم - رحمك الله - أن البلاغة ليست بخفة اللسان ، وكثرة الهذيان ، ولكنها باصابة المعنى ، والقصد الى الحجة .

الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي

السيد الدكتور / هشام خالد - المحامي

تمهيد :

الأصل أن يتم حسم المنازعات ذات العنصر الأجنبي بواسطة القضاء الوطني ، في الحالات التي ينعقد فيها الإختصاص الدولي للأخير . ومع ذلك ، فإن اللجوء ، للأخير يؤدي إلى العديد من المضار بأطراف النزاع المعنى بطريق غير مباشر . وبهذه المثابة ، فقد دعت الحاجة ، إلى إيجاد وسائل جديدة - قليلة النفقات ، على النحو الذي يستجيب لمتطلبات التجارة الدولية والقائمين عليها . ومن هذا المنطلق ظهر : التفاوض ، والتوفيق ، والتحكيم . فكل وسيلة مما ذكر ، تقوم بدور فعال في حسم العديد من المنازعات ذات العنصر الأجنبي . وبهذه المثابة ، فإن الوسائل المتقدمة من شأنها أن تحقق لنا نوعاً متميزاً من الحماية القضائية الدولية . وعلى هذا الأساس ، فإنها تعتبر جزءاً لا يتجزأ من القانون القضائي الدولي والذي يعنى بالهدف السابق ، الأمر الذي يوجب احاطتها - بالعناية

اللازمة بهذا المقام . وهذا ما سنتصدى له الآن . هناك العديد من النظم والمؤسسات الدولية التي يلجأ إليها المتعاملون في التجارة الدولية ، لحسم منازعاتهم . ويضيق المقام المائل عن إيرادها . وعلى هذا الأساس نكتفى هنا بذكر أحد الأنظمة المعينة ، والذي يتمثل في الاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار والملحق المرفق بها والخاص بتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات ضمان الإستثمار المختلفة . ومرجع تركيزنا على هذه الاتفاقية أنها مبرمة بين جميع الدول العربية ومن بينها جمهورية مصر العربية ، وعليه تعتبر جزءاً من أحكام القانون المصري في هذا الصدد . فقد تصدت المواد ٣٤ ، ٣٥ ، ٣٧ من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة لبيان الجهات المختصة بتسوية المنازعات الناشئة عن عمليات الضمان ، سواء تلك التي تتعلق بتفسير الاتفاقية وتطبيقها أو بالإستثمارات المؤمن عليها وأخيراً المنازعات الناشئة عن

علاقة المؤسسة بالغير . فتنص المادة ٣٤ من الاتفاقية على أنه : « يبت مجلس المؤسسة بصفة نهائية المنازعات التي تنشأ بين الأقطار المتعاقدة أو بين الأعضاء أو بينهم وبين المؤسسة حول تفسير نصوص هذه الاتفاقية أو تطبيقها ، إذا ثارت المنازعات المذكورة في الفقرة السابقة بعد انتهاء عمليات المؤسسة أو نشأت بين المؤسسة وقطر السحب من الاتفاقية أو عضو زالت عنه صفة العضوية تتم تسويتها طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في ملحق هذه الاتفاقية مالم يتفق الأطراف على وسيلة أخرى لحل المنازعة . وتنص المادة ٣٥ على أنه :

« ١ - أية منازعة بين أى من الأقطار المتعاقدة أو الأعضاء من جهة وبين المؤسسة من جهة أخرى بشأن استثمار مؤمن عليه طبقاً لهذه الاتفاقية أو بشأن أى موضوع آخر يتم تسويته حسب الإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق ، وذلك دون

الفصل الأول التفاوض والتوفيق

تمهيد :

تنص المادة ٣٦ من الاتفاقية المنشئة للمؤسسة على أنه «تحدد عقود التأمين طريقة تسوية المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمستثمرين المؤمن لهم» . وتذهب عقود الضمان إلى أنه «تتم تسوية المنازعات التي تنشأ بين الطرف الضامن والطرف المضمون عن طريق إجراءات التفاوض والتوفيق المشار إليها في المادتين ٣ ، ٢ من ملحق تسوية المنازعات باتفاقية إنشاء المؤسسة فإن لم يؤدي ذلك إلى التوصل إلى حل يقبله الطرفان تتم تسوية المنازعة عن طريق التحكيم طبقاً للإجراءات والأحكام المنصوص عليها في المادة ٤ من ملحق تسوية المنازعات سالف الذكر» .

أولاً : التفاوض (٤) :

تنص المادة ٢ من ملحق تسوية المنازعات على أنه : «يسعى الأطراف في أية منازعة إلى تسويتها عن طريق المفاوضات ، ولا يجوز اللجوء إلى إجراءات التوفيق أو التحكيم إلا بعد استنفاد سبل

متعاقدة سيما في الفرض الذي يكون فيه الغير متتمياً لدولة غير متعاقدة ، فليس من شأن المادة ٣٧ أن تسلب الاختصاص المقرر للمحكمة المعنية بموجب قانونها ومن ناحية ثانية ، فمن المتصور أن تتم تسوية المنازعات المتقدمة عن طريق التحكيم وفقاً للإجراءات المنصوص عليها في ملحق تسوية المنازعات ، وذلك إذا ما اتفقت المؤسسة مع الغير على ذلك . وفي هذا الفرض قد يتم إخضاع هذه المنازعات لذات القانون الذي يحكم عقد الضمان ، أو لقاعدة إسناد خاصة تبتدعها محكمة التحكيم (٢) . كما بين الملحق رقم ١ والمرفق بالاتفاقية طرق تسوية المنازعات المتقدمة . وحيث أن هذه الأمور لا تتصل بعقد الضمان محل دراستنا فترى استبعادها ، حيث نكتفي بالتعرض لطرق تسوية المنازعات الناشئة عن العقد المتقدم (٢) .

وتنحصر هذه الطرق في التفاوض والتوفيق والتحكيم . وعلى هذا الأساس سوف نقسم هذا إلى فصلين :

الفصل الأول : التفاوض والتوفيق .

الفصل الثاني : التحكيم .

إخلال باختصاص مجلس المؤسسة في تفسير نصوص هذه الاتفاقية وتطبيقها وبسلطته في تحديد المسائل التي تدخل في هذا الاختصاص .

٢ - أية منازعات بين قطر انسحب من الاتفاقية أو عضو زالت عنه صفة العضوية وبين المؤسسة حول استثمار مؤمن عليه طبقاً لهذه الاتفاقية تتم تسويتها حسب الإجراءات المنصوص عليها في الملحق المرفق دون التقيد باختصاص مجلس المؤسسة في تفسير نصوص الاتفاقية أو تطبيقها .

وتنص المادة ٣٧ من الاتفاقية على أنه : « تخضع المؤسسة في منازعاتها مع الغير للجهات القضائية المختصة في الأقطار المتعاقدة ، ولا يسرى ذلك على المنازعات المنصوص عليها في المواد السابقة » .

وإذا كانت المادة ٣٧ من الاتفاقية تقرر اختصاص القضاء الوطني في الدول المتعاقدة بنظر المنازعات الناشئة بين المؤسسة والغير فلنا على هذا النص ملاحظتان : فمن ناحية أولى ، من المتصور أن تتم تسوية المنازعات المتقدمة عن طريق القضاء الوطني لدولة غير

التسوية عن هذا الطريق وتعتبر المفاوضات قد استنفذت إذا فشل الأطراف في التوصل إلى حل خلال ستة أشهر من طلب أى طرف الدخول فيها .

ويقصد بالمفاوضات الاتصالات التي تجرى بين المؤسسة والمستثمر المضمون ، أيا ما كانت الوسيلة المتبعة في ذلك ^(٥) فقد يتم الاتصال شفاهة أو كتابة ^(٦) ، حيث أن ملحق تسوية المنازعات لم يشترط شكلاً خاصاً لها . ولكن يحسن في رأينا أن تتخذ شكلاً مكتوباً ، حتى يسهل إثباتها ، وتحديد الوقت الذي بدأت فيه . فلبيان المتقدم أهمية خاصة ، فقد رأينا أن المادة المتقدمة لا تجيز اللجوء إلى إجراءات التوفيق ، إلا بعد فشل المتفاوضون في تسوية المنازعة المطروحة خلال ستة أشهر . وبهذه المثابة يتعين تحديد اليوم الذي بدأت فيه المفاوضات حتى يتسنى لنا حساب الميعاد السابق ، وحتى يمكن البدء في اتخاذ الإجراءات اللاحق حال عدم الوصول إلى حل ، ولن يتسنى لنا ذلك إلا عن طريق إثبات إجراءات المفاوضات بالكتابة .

ويمكن للمؤسسة أو للمستثمر المضمون - في أى وقت - أن يبدى رغبته في حل النزاع عن

الطريق المتقدم ، وذلك بإرسال كتاب إلى الطرف الآخر يبين فيه ذلك . ويضمنه مقترحاً لحل هذا النزاع ويتعين على الطرف الآخر أن يرد على ذلك بكتاب آخر يبين فيه بدوره وجهة نظره في المقترحات المرسله إليه وهكذا حتى يتم الوصول إلى حل يرتضيه الطرفان المتنازعان كما يمكن أن تتخذ المفاوضات صورة اجتماعات دورية تعقد بين ممثل المؤسسة والمستثمر المضمون ، بحيث يقومون فيها بتبادل وجهات النظر حول المسألة محل النزاع ، وكيفية حلها . وإذا كان النزاع مما يحتاج حله لتدخل خبراء فنيين ، فيجوز للمتفاوضين تأليف لجنة فنية مختلطة من مندوبين عن كل منهما تتولى دراسة موضوع النزاع ووضع تقرير برأيها فيه يسترشد به المتفاوضون ، ^(٧) وعلى أى حال ، فالمدة التي يتعين إتمام المفاوضات فيها هي ستة أشهر .

فإذا توصل الطرفان إلى حل للمسألة المطروحة. تعين عليهم إثبات مضمونه في محرر منعاً من المنازعة حوله في المستقبل . بحيث يكون حجة عليهم في هذا الصدد ^(٨) ولكن إذا فشل المتفاوضون يتعين عليهم اللجوء إلى التوثيق .

ثانياً : التوفيق :

تنص المادة ٣ من ملحق تسوية المنازعات على أنه :

١ - إذا لم تؤد المفاوضات إلى اتفاق بين الأطراف في المنازعة جاز لهم محاولة تسويتها عن طريق التوفيق . ويكون اللجوء إلى التوفيق بالاتفاق بين الأطراف ، فإذا تعذر هذا الاتفاق. تعين اللجوء إلى التحكيم

فإذا كانت المفاوضات إجراء ملزم بحيث لا لجوء إلى سواه قبل استنفاده . فالتوفيق إجراء اختياري ، بحيث يجوز للمتنازعين اللجوء إليه ، أو العزوف عنه . والوضع المتقدم يمثل تناقضاً لا مبرر له في رأينا : فكان من الأجدر بالملحق المتقدم أن يسوى بين الإجراءين المتقدمين في الحكم ، بأن يجعلها معاً اختياريين أو إجباريين ولكن التفريق السابقة لا تقوم على أساس سليم . ومن الأفضل في رأينا أن تكون إجراءات التوفيق إلزامية ، حيث لا يتصور أن تكون إجراءات التقاضي اختيارية ومتروكة لإرادة المتخاصمين إن شاءوا لجأوا لها أو عزفوا عنها . والأخذ بالنظر المعاكس من شأنه تفويت درجة من درجات التقاضي ، وهذا غير مقبول . ومن المحتمل أن يتم

حسم النزاع عن الطريق السابق ، وبذلك يستقر الخصوم في أقرب وقت ، سيما إذا علمنا بأن التوفيق يقوم على إجراءات مبسطة وسريعة . ومما يؤكد سلامة النقد المتقدم ، أن المادة ٣/٣ من الملحق قد ذهبت إلى أنه لا يكون لأى منهم (الخصوم) طلب اللجوء إلى التحكيم قبل انتهاء الموفق من مهمته في الموعد المحدد لها . فكان واضعى الملحق قد رأوا ترك الخيار للمتخاصمين فى اللجوء إلى التوفيق من عدمه ، ولكنهم إذا اختاروا السير فى الطريق المتقدم فيجب عليهم الإستمرار فيه إلى نهايته . ولا يخفى على أحد ما ينطوى عليه هذا الموقف من تناقض . وأياً ما كان أمر النقد السابق ، فثابت - وفقاً للمادة ١/٣ من الملحق إنه إذا تعذر اتفاق الطرفين على التوفيق ، فيجب اللجوء إلى التحكيم ويتحقق ذلك الوضع إذا ما أعرب أحدهما أو كلاهما عن رغبته فى عدم اللجوء للإجراء المتقدم ، ثم ذلك صراحة أو ضمناً ، بأن صدر عنه تصرف يقطع بذلك . أما إذا اتفق الطرفان على اللجوء إلى التوفيق ، فيجب أن يتضمن اتفاقهما وصفاً للنزاع ولمطالبات أطرافه ، كذا اسم الموفق والأنعاب المقررة له . ويجوز

للأطراف تفويض الأمين العام لجامعة الدول العربية فى اختيار من يتولى التوفيق فيما بينهم . (م ٢/٣)

وإذا كان ظاهر النص المتقدم يفيد أن الموفق يجب أن يكون شخصاً واحداً . فنرى وعلى العكس من ذلك أن هذا أمر غير مقصود من جانب واضعى الملحق . وبهذه المثابة يمكن أن يتولى التوفيق لجنة مكونة من عدة أشخاص حسبما جرى العمل الدولى فى هذا الصدد . (١٠) وإن تصادفنا أية مشكلة ذا ما استوفى الاتفاق على التوفيق البيانات المتقدمة ولكن يدق الأمر فى الغرض الذى يخلو فيه هذا الاتفاق من أحد هذه البيانات كاسم الموفق أو أعضاء لجنة التوفيق ، حيث يثور التساؤل عن حكم هذه الحالة إزاء سكوت الملحق فى هذا المقام . ونرى أن خلو الاتفاق من البيان المتقدم يجعله غير منتج لأى أثر قانونى . ولكن يجوز للأطراف استكمال هذا النقص فيما بعد حسبما يترأى لهم دون التقيد بميعاد معين ، حيث أن الملحق لم يستلزم تحقق الاتفاق الصحيح على التوفيق فى ميعاد معين . ولا شك أنه من شأن الوضع المتقدم أن يطول زمن الخصومة ، وهو أمر غير مبرر . لذلك نقترح النص فى

هذا الملحق على أنه يجب على الأطراف الوصول إلى اتفاق صحيح على التوفيق خلال شهر يبدأ من اليوم التالى لفشل المفاوضات فإذا انقضى هذا الميعاد دون الوصول إلى مثل هذا الاتفاق تكون إجراءات التوفيق قد فشلت ويتعين اللجوء إلى التحكيم .

وتقتصر مهمة الموفق على محاولة التقريب بين وجهات النظر فى النزاع ويكون له إبداء المقترحات الكفيلة بالوصول لحل ترتضيه الأطراف (١١) . وعلى الأطراف تزويد الموفق بالبيانات والوثائق التى تساعد فى أداء هذه المهمة . ولا يكون لأى منهم طلب اللجوء إلى التحكيم قبل انتهاء الموفق من مهمته فى الموعد المحدد لها (م ٣/٣ من الملحق) . ويقدم الموفق خلال ستة أشهر على الأكثر من بدء مهمته تقريراً بنتائج هذه المهمة يتضمن تحديداً لأوجه الخلاف ولمقترحاته بشأن تسويتها وما يكون عليه الحال لو عرض الأمر على محكمة التحكيم التى قد يعرض عليها النزاع فيما بعد . ويكون على كل طرف فى النزاع إبداء الرأى فى نتائج هذا التقرير وإبلاغه للأطراف الأخرى خلال شهر على الأكثر من صدور التقرير . (م ٤/٣ من الملحق) . والنص المتقدم يثير عدة فروض : الفرض

الأول ، وفيه يوافق الأطراف على الحل الذي انتهى إليه الموفق في تقريره ، وهنا ينتهي النزاع صلحاً . ونرى أنه من الأوفق إثبات هذا الإتفاق في وثيقة ، منعاً من تجديد النزاع في المستقبل حول المسألة المحسوسة . أما الفرض الثاني ، وفيه يعجز الموفق عن وضع تقريره في خلال مدة ستة أشهر من بداية مهمته ، فهنا يتعين اللجوء إلى التحكيم كذا في الفرض الذي لا يتفق فيه الأطراف على الحلول المقترحة في التقرير المتقدم .

ويعاب على الحكم المتقدم في شقة الأول أنه سوى بين الفرض الذي يكون فيه مرجع عجز الموفق عن وضع تقريره هو خطأ الخصوم ، والفرض الذي يكون فيه مرجع ذلك هو خطؤه الشخصي . فكان من الأوفق أن يكون للخصوم - في الفرض الأخير حق اختيار موفق آخر حتى لا يضاروا من وضع ليس لهم فيه يد . ويبقى الفرض الذي لا يقوم فيه الطرفان أو أحدهما بالرد على تقرير الموفق ، فهل يعتبر هذا الموقف رضاءً ضمناً بالتقرير أم رفضاً له ؟ الراجح أنه لا يمكن افتراض رضاء الخصوم بالتقرير حالة السكون عن الرد . وبهذه المثابة يعتبر هذا الموقف رفضاً

للتقرير ، ويتعين اللجوء إلى التحكيم . وإذا كان الثابت أن تقرير الموفق ليس له أية حجية أمام محكمة التحكيم التي قد يعرض عليها النزاع وفقاً لنص المادة ٤/٣ من الملحق ، فنرى أن إقرارات الخصوم أمام الموفق تحتفظ بحجيتها أمام المحكمة المتقدمة وقد تساعدها على حسم النزاع المطروح عليها . وأياً ما كان أمر الوسيطتين السابقتين . فإن اللجوء إليهما قد يحسم المنازعة المطروحة ، وقد لا يؤدي إلى حسمها ، وفي الحالة الأخيرة يتعين اللجوء للوسيلة الأخيرة وهي التحكيم . وهذا ما سنخصص له الفصل الثاني .

الفصل الثاني

التحكيم (١٢)

تمهيد :

يذهب جانب من الفقه - وبحق - إلى أن إخضاع عقود الضمان للتحكيم أمر ينطوي على استجابة لما استقر عليه العمل الدولي حديثاً بصدد العلاقات التعاقدية ذات السعصر الأجنبي (١٣) فالتحكيم هو الوسيلة الفعالة لحسم المنازعات الناتجة عن العلاقات المتقدمة .

وقال جانب سرعة إجراءاته بالمقارنة بالإجراءات القضائية

المعتادة ، فإن اختيار المحكمين من المختصين في مجال الإستثمار سوف يخولهم قدرة أكبر على تفهم المشاكل المطروحة وإيجاد أفضل الحلول لها ، (١٤) . هذا إلى أن التحكيم هو الأقدر على تطبيق الأحكام الموضوعية التي تحكم العلاقات المطروحة نظراً لطبيعتها الدولية ، (١٥) .

وقد تضمنت الشروط العامة لعقود الضمان شرطاً مقتضاه وجوب لجوء المستثمر المضمون والمؤسسة إلى محكمة التحكيم المختصة لحسم المنازعات الناشئة عن عقد الضمان .

تقسيم :

وسوف نقسم هذا الفصل إلى :

المبحث الأول : القانون الواجب التطبيق على التحكيم .

المبحث الثاني : خصومة التحكيم .

المبحث الأول

القانون الواجب التطبيق على التحكيم

تمهيد :

التحكيم عقد تترتب عليه خصومة وتحديد القانون الواجب

التطبيق عليه ينبغي أن تراعى فيه الحقيقة المتقدمة . وبهذه المثابة سوف نقوم بتحديد القانون الواجب التطبيق على الاتفاق على التحكيم ، ثم نحدد القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم (إجراءات التحكيم) .

أولاً : القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ونظامه :

تنص المادة ٣٦ من الاتفاقية على أنه « تحدد عقود التأمين (الضمان) طريقة تسوية المنازعات التي تنشأ بين المؤسسة والمستثمرين المؤمن لهم » . والمستفاد من هذا النص أن الاتفاقية خولت لأطراف عقد الضمان حق اختيار طريقة تسوية منازعتهم المعنية . وإعمالاً لذلك نصت عقود الضمان على التحكيم كوسيلة لتسوية المنازعات المعنية وهذا لا يمنع المتعاقدين المعنيين من إبرام عقد تحكيم مستقل . وعلى أى حال فنحن في الحاليين بصدد اتفاق تحكيم (١٧) . ويتعين تحديد القانون الذي يحكمه حيث أن الشروط العامة فضلاً عن الاتفاقية لم تنص لتحديده .

من البداية يثور التساؤل هل يعتبر اتفاق التحكيم جزء من عقد الضمان أم أنه مستقل عنه بحيث يشكل بذاته عقد مستقل ، وما أثر

ذلك على تحديد القانون الواجب التطبيق عليه ؟ وفقاً للاتجاه التقليدي ، والذي ساد شطراً كبيراً من القرن التاسع عشر من فرنسا ، فإن شرط التحكيم ليس له أى قيمة قانونية . وفي ظل هذا النظر ، لم يكن من الممكن الحديث عن مبدأ استقلالية شرط التحكيم وانفصاله عن العقد الأصلي الذي ورد ضمن نصوصه سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق أو بالنسبة لتقرير مدى صحته أو بطلانه ، (١٨) وفي مرحلة لاحقة وبعد انضمام فرنسا إلى بروتوكول جنيف ١٩٢٣ أصبح شرط التحكيم صحيحاً في المعامل التجارية ثم تعاقبت التشريعات وكان آخرها عام ١٩٨٠ ، حيث أصبح هذا الشرط صحيحاً كقاعدة عامة ما لم يوجد نص خاص يحظره . وهكذا فقد استقر الرأي على إماتية فصل شرط التحكيم عن العقد الأصلي الذي تضمنته ... بحيث يكون شرط التحكيم صحيحاً رغم بطلان العقد الذي ورد فيه (٢٠) . هذا عن القانون الداخلي ، أما في نطاق العلاقات الخاصة الدولية ، فقد استقر القضاء الفرنسي منذ نهاية القرن التاسع عشر على صحة شرط التحكيم في العقود الدولية شريطة أن يكون القانون

المختص بحكم - وفقاً لقاعدة الإسناد الفرنسية - يعتبره صحيحاً . كما قرر هذا القضاء في العديد من الأحكام استقلالية هذا الشرط عن العقد الذي ورد فيه . ويؤيد البعض النظر السابق على أساس أن الشرط المعنى يفترق عن العقد الأصلي من عدة وجوه « فموضوعه هو تسوية المنازعات التي يحتمل أن تتولد عن العقد الأصلي وسببه هو الالتزام المتبادل بين الأطراف بانتزاع هذه المنازعات من ولاية المحاكم والإلتجاء في شأنها إلى المحكمين ، هو بعد يستصف بخصوصية الإجرائية ، (٢٢) . ولا شك أن الخلاف السابق ، ينعكس على مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق في هذا الصدد . فالقول باندماج شرط التحكيم في عقد الضمان يوجب على محكمة التحكيم المختصة تكييفه تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق عليه ، وهل هو القانون الذي يحكم الموضوع أم القانون الذي يحكم الإجراءات ، أما القول باستقلالية شرط التحكيم الوارد في عقد الضمان عن هذا الأخير فيعني استقلال النظام القانوني لهذا الشرط عن نظيره والذي يحكم العقد المعنى . وبهذه المثابة لا يسرى قانون العقد على « شرط التحكيم » ، وأخذاً بالسائد

في العمل الدولي ، نرى استقلال شرط التحكيم الوارد في لشروط العامة لعقود الضمان . وإذا كانت هذه الأخيرة قائمة بتحديد انقانون الواجب التطبيق عليها ، فإن هذا الأخير لا تمتد ولايته لحكم شرط التحكيم وبهذه المثابة يتعين علينا تحديده وفقاً للمبادئ العامة للقانون الدولي الخاص .

السائد فقهاً وقضاءً وفي الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتحكيم هو خضوع التحكيم لقانون الإرادة ، (٢٣) وتأسياً بالإتجاه السابق نرى إخضاع الإتفاق على التحكيم بصدد عقد الضمان لقانون الإرادة . ولكن يثور التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون بصدد حالتنا الماثلة إزاء سكوت عقود الضمان عن تحديده ؟ القاعدة العامة هي وجوب البحث عن الإرادة الضمنية للمتعاقدين إزاء هذه المسألة (٢٤) . بهذه المثابة يتعين على محكمة التحكيم المختصة أن تبحث في الظروف والملابسات المحيطة حتى تقف على الإرادة الضمنية لأطراف العقد بخصوص هذه المسألة . ويرى البعض إمكان الإسترشاد في هذا الصدد بمقر التحكيم « فاختيار الأطراف لمقر التحكيم دون تعيين القانون الواجب التطبيق صراحة ، يمكن أن يعد تعبيراً ضمناً عن اختيارهم

قانون هذا المقر ليكون هو الواجب التطبيق . على أنه توجد صعوبة في الإعتداد بهذه القرينة عندما تتوزع عملية التحكيم بين أكثر من بلد ولذلك نجد بعض الإتفاقيات الدولية تعتد بالمكان الذي يصدر فيه الحكم وليس بمقر التحكيم ، (٢٥) .

ولكن ما الحكم إذا لم يوجد لأطراف عقد الضمان إرادة ضمنية بخصوص المسألة المتقدمة ؟ يرى الفقه الغالب أنه « يفهم من سكوت الأطراف عن اختيار القانون الواجب التطبيق أنهم تركوا أمر تعيين هذا القانون للمحكمين أنفسهم وذلك حملاً على أنه من غير المقبول في ميدان التجارة الدولية أن يكون إغفال الأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق مرجعه الجهل أو الإهمال ، ومن المحتمل أنهم لم يتعرضوا لمعالجة هذه المسألة إذ أنهم فضلوا ألا يتعرضوا لها . أو أنهم قدروا استحالة الإتفاق عليها ومن كل ذلك يفهم تركها للحل الذي يراه المحكمون ، (٢٦) . ولا نرى بأساً من الأخذ بهذا النظر في النطاق المائل ، وعليه يحق لمحكمة التحكيم المختصة اختيار القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم ، فإذا ما انتهينا إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على اتفاق

التحكيم ، فننصرف الآن إلى تحديد نطاق تطبيقه ، حيث يثور التساؤل عما إذا كانت ولاية هذا القانون تمتد لتشمل كافة الأمور التي يثيرها هذا الإتفاق أم إنها تنحصر عن بعضها .

نطاق تطبيق القانون المختص :

١ - المسائل التي تخرج عن نطاقه :

نسارع من البداية إلى تأكيد خروج مسألتين من ولاية القانون المختص هما الأهلية والشكل ويتعين علينا أن نتصدى لبيان القانون الذي يحكمهما :

١ - القانون الذي يحكم أهلية الإتفاق على التحكيم :

رأينا من قبل أن أهلية التعاقد ليست من مسائل التصرف الإرادي بل هي صفة لصيقة بالشخص المعنى وتتحدد بمراعاة حالته . ومن هذا المنطلق فقد اختلفت في مختلف الدول بالقاعدة إسناد خاصة مؤداها إخضاعها للقانون الشخص للمتعاقدين المعنى .

ويثور التساؤل عن كيفية تحديد القانون الواجب التطبيق على أهلية الإتفاق على التحكيم بصدد عقد الضمان ؟ من المتصور أن تلجأ محكمة التحكيم إلى قاعدة

الإسناد المختصة في الدولة التي تتم فيها مباشرة إجراءات التحكيم حتى تحدد لنا هذه الأخيرة القانون الذي يحكم أهلية الاتفاق على التحكيم، (٢٧). ولكن يعيب هذا النظر أن إجراءات التحكيم يمكن أن تباشر في أكثر من دولة، وهنا يثور التساؤل عن كيفية المفاضلة بين القوانين المعنية. كما أن دولة الإستماع يمكن أن تتعذر صلتها بالنزاع المعنى الأمر الذي يبرر عدم اللجوء لقاعدة الإسناد المختصة لديها. ومن المتصور أيضاً تحديد هذا القانون عن طريق اللجوء لقاعدة الإسناد المختصة في قانون الدولة التي سيتم فيها تنفيذ الحكم (٢٨). ولكن يعيب هذا النظر أن هذه الدولة يتعذر تحديدها في الوقت الذي تثار فيه المشكلة السابقة. ومن الجائز أن يتم تنفيذ الحكم في أكثر من دولة الأمر الذي يعنى اللجوء لأكثر من قاعدة إسناد في هذا الصدد. وفي هذا الغرض يتعين تطبيق القوانين المختصة تطبيقاً جامعاً. ولا يخفى أن ذلك يؤدي لتطبيق القانون الأشد. وفي ضوء ذلك، نرى من الخير إخضاع أهلية الاتفاق على التحكيم بصدد عقد الضمان للقانون الشخصي للمتعاقد المعنى (٢). ولكن يثور التساؤل عن ماهية القانون، وهل هو قانون الجنسية

أم قانون الموطن؟ الثابت أن معظم تشريعات الدولة العربية تنص على إخضاع الأهلية للتصرف لقانون جنسية الشخص المعنى بوصفه القانون الشخصي (٣٠). فتتص المادة ١٠ من القانون المدني الجزائري على أنه: «تسرى القوانين المتعلقة بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم على الجزائريين ولو كانوا مقيمين في بلاد أجنبية». وتتص المادة ١٢ من القانون المدني الأردني على أنه: «يسرى على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم».

وتتص المادة ١١ من القانون المدني المصري على أنه: «الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم يسرى عليها قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم».

وتتص المادة ٣٣ من القانون الدولي الخاص الكويتي على أنه: «الحالة المدنية للشخص وأهليته يسرى عليها قانون جنسيته». وفضلاً عما تقدم، فالثابت أن المادة ١٢ من القانون المدني السوري، والمادة ١١ من القانون المدني الليبي والمادة ١٣ من القانون المدني العراقي. قد اعتنقت ذات

الاتجاه السابق. فكافة القوانين المتقدمة، قد اعتبرت قانون جنسية الشخص المعنى، هو قانونه الشخصي، وبهذه المثابة فهو الذي يختص بحكم أهليته. وعلى هذا الأساس نرى إخضاع أهلية الاتفاق على التحكيم بصدد العقد محل البحث، لقانون جنسية المتعاقد المعنى. أما إذا تعلق الأمر بالمؤسسة، وهي الطرف الآخر في الاتفاق على التحكيم، فإن أهليتها في المقام المائل، إنما تخضع للاتفاقية المنشئة للمؤسسة العربية لضمان الإستثمار، وللوائح الصادرة عن مجلس المؤسسة. فقد رأينا في موضوع متقدم، أن المادة ٢٦ من الاتفاقية تجيز لأطراف العقد المعنى. حق تحديد الطريق التي يتم بمقتضاها تسوية المنازعات التي يثيرها عقد الضمان. والمستفاد من هذا النص، إباحة لجوء المؤسسة للوسيلة المناسبة. لحسم المنازعات التي عسى أن تنشأ عن عقود الضمان التي تبرمها مع المستثمرين طالبي الضمان. إذن فالمؤسسة أهل لإبرام اتفاق التحكيم بموجب المادة المتقدمة من الاتفاقية سألغة البيان. وقد نصت المادة ١/١/١٢ من الاتفاقية، على الشخص الذي يحق له تمثيلها في إبرام العقد المعنى، حيث قررت: «يتولى

المدير العام بما في ذلك :

١ - إبرام عقود التأمين مع المستثمرين ... « إذن فالمدير العام ، هو صاحب الصلاحية لإبرام عقود الضمان . ويذهب الفقه الراجح إلى أن ، الإتفاق التحكيمي يختلف عن غيره من الإتفاقيات بما يضمنه من طابع إجرائي من حيث كونه يتضمن التجاء الأطراف إلى القضاء التحكيمي للفصل في النزاع . وأخذاً بهذا الاعتبار يمكن القول بأن الأهلية للتحكيم تستلزم أن يكون الشخص أهلاً للتعاقد وأهلاً للتقاضى ، (٣١) . ومن هذا المنطلق يجب أن يكون المتعاقد المعنى أهلاً للتعاقد والتقاضى وفقاً لقانون جنسيته ، هذا مع ملاحظة أن أهلية التعاقد اللازمة بصدد التحكيم هي أهلية الشخص للتصرف في حقوقه ، فلا يكفي تمتعه بأهلية الإدارة ، (٣٢) . وإذا تعلق الأمر بأهلية الدولة المتعاقدة للتحكيم ، فيرجع بشأنها لقانونها الداخلي .

ب - القانون الذي يحكم شكل الإتفاق على التحكيم :

هناك قاعدة مستقرة مفادها خضوع شكل التصرف لقانون بلد الإبرام ، كما أن هذه القاعدة اختيارية بحيث يجوز للمتعاقدين الخروج عنها واختيار قانون آخر خلافاً . وإذا كان الأمر

كذلك . هل تنصرف هذه القاعدة إلى شكل الإتفاق على التحكيم ؟ تلقى مسألة الشكل في التحكيم اهتماماً كبيراً لدى بعض التشريعات ، الأمر الذي يحملها على اعتبار أحكامه من النظام العام فيها ، حيث أن ، الشكل يقتضى بجانب تيسير الإثبات وتوفير الحماية للأطراف من الالتزام في خفة وبغير حذر . ويكون من الخطورة بمكان أن يترك الاختصاص بالشكل لقانون محل الإبرام وحده دونما نظر إلى الأحكام المتعلقة بالشكل في قانون التحكيم (قانون الإدارة) ، (٣٣) . فإذا كانت بعض التشريعات الداخلية تتطلب شكلاً عرفياً لهذا الاتفاق ، فعلى العكس تتطلب بعض التشريعات شكلاً رسمياً له ، (٣٤) . ورغم ذلك ، يذهب البعض إلى الأخذ بالقاعدة العامة بخصوص شكل التصرف مقررراً إخضاع شكل ، الإتفاق على التحكيم لقانون بلد الإبرام مع تقرير حق المتعاقدين في إخضاعه لقانون الإرادة . بحيث يعتبر الإتفاق الأخير ولو كان باطلاً طبقاً للقانون المحلي ، (٣٥) . وقد أقر معهد القانون الدولي في دور اجتماعه المنعقد في امستردام القاعدة التالية : « يسرى على شكل اتفاق التحكيم القانون المعمول به في البلد الذي

أبرم فيه التصرف ، ومع ذلك فإن مشاركة التحكيم أو شرط التحكيم الذي لا يكون مستوفياً متطلبات الشكل المقررة في هذا القانون يكون صحيحاً متى كانت قد روعيت فيه الأشكال المقررة في قانون المساكن الذي يوجد فيه مقر محكمة التحكيم ، (٣٦) .

ويذهب اتجاه ثالث إلى إخضاع شكل الإتفاق على التحكيم للقانون الذي يحكم موضوع التحكيم متى كان ذلك من شأنه اعتبار هذا الإتفاق صحيحاً من حيث الشكل . أما إذا أدى ذلك إلى بطلانه فيجب الرجوع إلى قانون الدولة التي أبرم فيها هذا الإتفاق . ومن شأن هذا النظر - عند أصحابه - التيسير على المتعاقدين (٣٧) . ونرى الأخذ بالرأى الأخير ، بصدد شكل الإتفاق على التحكيم في عقد الضمان ، حيث يؤدي إلى وحدة النظام القانوني لاتفاق التحكيم ، فشكل هذا الإتفاق وموضوعه يخضعان بذلك لقانون واحد ، كما أن هذا الحل يكفل التيسير على المتعاقدين في هذا الصدد .

وإذا نفرغ من بيان المسائل التي تخرج عن نطاق القانون الذي يحكم موضوع الإتفاق على التحكيم والقانون الواجب التطبيق عليها ، يتعين علينا بيان المسائل التي تدخل في نطاق القانون المعنى .

٢ : المسائل التي تدخل في نطاق تطبيقه :

يسرى القانون المختص على تكوين الاتفاق على التحكيم ، فهو الذي يحكم التراضي وعبوب الإرادة ، والمحل والسبب . كما يخضع لهذا القانون التزام الأطراف بتحديد موضوع النزاع (٣٨) . كما يحكم هذا القانون أيضاً مشروعية محل الاتفاق على التحكيم . إلا وهو قابلية الموضوع محل النزاع للتحكيم فيه . وهذا القول هو النتيجة المنطقية للنظر للقابلية للتحكيم باعتبارها شرط صحة اتفاق التحكيم ، (٣٩) . وبهذه المثابة فمتى أثبتت القابلية للتحكيم بهذا الوصف لدى المحكمين تعين تطبيق قانون الإرادة أو بديله . وهذا النظر ورد به النص في بعض الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية نيويورك م ١/٥/١ والتي تذهب إلى وجود أن يكون اتفاق التحكيم صحيحاً طبقاً للقانون الذي أخضعه الأطراف له . ولا شك أن قابلية النزاع للتحكيم هو شرط من شروط الصحة ، (٤٠) .

ومع ذلك توجد ثمة اتجاهات أخرى في هذا الصدد :

أ - حيث يذهب البعض إلى إخضاع مسألة مشروعية الاتفاق

على التحكيم للقانون الذي يحكم مشروعية العقد الأصلي (٤١) .

ب - ويذهب اتجاه ثانى لإخضاع المسألة المتقدمة لقانون الدولة التي أدى هذا الاتفاق إلى سلب الاختصاص من محاكمها . وقد أخذت محكمة استئناف الإسكندرية بهذا النظر في حكمها الصادر في ١٩٧٤/١/٣٠ ولكن يعاب على هذا الاتجاه أنه في معظم الحالات تكون هناك أكثر من محكمة مختصة بنظر المنازعة المعنية وبذلك يصعب الرجوع إلى عدة قوانين مجتمعة لتقرير مشروعية الاتفاق المعنى (٤٢) .

ج - ويذهب اتجاه ثالث إلى إخضاع المسألة المتقدمة لقانون الدولة التي تنعقد فيها جلسات الاستماع . وهذا ما أخذت به محكمة استئناف الإسكندرية في حكمها الصادر في ١٩٧٦/٤/٨ ولكن يعاب على هذا الاتجاه إغفاله لمسألة هامة هي اثر اتفاق التحكيم في سلب الاختصاص من المحكمة المعنية (٤٣) . هذا إلى أنه يستحيل الأخذ بهذا النظر في الفرض الذي يتم فيه تحديد مكان انعقاد محكمة التحكيم في وقت لاحق على انعقاد العقد كذا في الفرض الذي تتوزع فيه جلسات الإنعقاد بين أكثر من دولة ، حيث يتعين تطبيق عدة

قوانين بخصوص المسألة المتقدمة .

ويثور التساؤل هل تمتد ولاية القانون المتقدم لتحكم تفسير الاتفاق على التحكيم ، أم أن هذه المسألة تفلت من الخضوع له . ويتعين تحديد القانون الواجب التطبيق عليها ؟

يذهب البعض إلى وجوب تفسير اتفاق التحكيم تفسيراً موسعاً - بمعزل عن أى نظام قانوني وطني - بحيث يكون الشك لصالح مد نطاق التحكيم وليس الحد منه ، (٤٤) . ويجد هذا الاتجاه قبولاً حسناً لدى القضاء الأمريكي (٤٥) فقد ذهبت بعض المحاكم الأمريكية إلى أن « السماح باستصدار أوامر حجز تحفظية سابقة على صدور حكم التحكيم يعد أمراً متعارضاً مع مقتضيات القاعدة التي أوردتها م ٣/٢ من اتفاقية نيويورك ، (٤٦) . فوفقاً لهذا النظر ، فإن إخضاع مسألة معينة للتحكيم أمر يوجب على القضاء الوطني الإمتناع عن التصدي لأي أمر يتصل بهذه المسألة حتى لو كان ذو طبيعة وقتية أو تحفظية ، حيث أن السماح للقضاء الوطني بالتصدي للأمور السابقة يعنى اشراكه في حل النزاع وهذا أمر غير جائز نزولاً على شرط التحكيم (٤٧) .

ويذهب اتجاه آخر إلى وجوب تفسير شرط التحكيم في ضوء دلالة عباراته لغة ووفقاً للنظام القانوني الذي تنتمي إليه هذه العبارة مع مراعاة الطبيعة الدولية للنزاع^(٤٨). ولعل الأقرب للصواب هو إخضاع تفسير اتفاق التحكيم لذات القانون الذي يحكم هذا الاتفاق^(٤٩) وصولاً لوحدة نظامه القانوني، فقانون الإرادة هو الذي يحكم الاتفاق وتفسيره في آن واحد^(٥٠). فالقانون المنقسم هو الذي يحدد لنا مضمون اتفاق التحكيم حيث يبين لنا نطاقه. أي المنازعات التي تدخل فيه، وتلك التي تخرج عنه. وفي الفرض الأخير هل يتعلق الأمر بالمنازعات المستعجلة أم يمتد ليشمل ذات الطبيعة الوقتية، كذا الإجراءات التحفظية ويحدد لنا ذات القانون أيضاً مناهج انعقاد الاختصاص للقضاء الوطني في هذه الأحوال^(٥١) والسلطات الممنوحة له في هذا الصدد وهل تتعلق ببحث ظاهر الأوراق أم تمتد لتشمل الجوانب الدقيقة في النزاع^(٥٢). كذا حجية الأحكام الصادرة في مثل هذه المنازعات^(٥٣). فضلاً عن ذلك، يحدد لنا القانون المتقدم هل تمتد ولاية محكمة التحكيم للحالات التي يطعن فيها بالتزوير على بعض المستندات

أمامها من عدمه، والحالة التي يتم فيها رد أحد المحكمين، والغرض الذي يتطلب فيه الأمر توقيع جزاءات على من يقومون بالإخلال بنظام الجلسات، والفرض الذي تدعو فيه الحاجة إلى إلزام الشهود بالحضور أو لتوقيع ثمة جزاءات عليهم حال تخلفهم عن ذلك. ويبين لنا هذا القانون أيضاً مدى سلطة محكمة التحكيم بالنسبة لاتخاذ إجراءات الإثبات كالشهادة والخبرة واليمين الحاسمة والمتممة. وأياً ما كان الأمر، فالثابت أن اتجاهاً قوياً لدى الفقه والقضاء في العديد من الدول من شأنه تقرير حق القضاء الوطني في التصدي للفصل في الأمور المستعجلة والوقتية والتحفظية رغم وجود شرط التحكيم^(٥٤). بذلك نكون قد حددنا القانون الواجب التطبيق على الاتفاق على التحكيم حيث وقفنا على ماهية هذا القانون ونطاق انطباقه: أي تلك المسائل التي تفلت منه وتلك التي تخضع له. يبقى علينا الآن أن نحدد القانون الذي يحكم خصومة التحكيم.

ثانياً: القانون الواجب التطبيق على خصومة التحكيم ونطاقه:

إذا ثارت منازعة أمام محكمة التحكيم فإن التساؤل يثور

حول طبيعتها. وهل هي موضوعية أم إجرائية تمهيداً لتحديد القانون الواجب التطبيق عليها. وما كانت هذه المشكلة لتثور لو أن عقود الضمان قد أخضعت الخصومة في شقيها الموضوعي والإجرائي لنظام قانوني واحد^(٥٥). ولكنها لم تفعل حيث اكتفت بتحديد القانون الواجب التطبيق على الموضوع دون الإجراءات. وبهذه المثابة فإن الحاجة تدعو إلى التمييز بين الأمرين المتقدمين تمهيداً لنطاق سريان كل نظام. بذل الفقه مجهوداً كبيراً لوضع ضوابط للتمييز بين المسائل الموضوعية أو الإجرائية:

أ - فيذهب البعض إلى أن المسائل الموضوعية هي تلك التي تتعلق بالحق من حيث وجوده ونطاقه وتعديله وانقضاؤه أما المسائل الإجرائية فهي تلك التي تتعلق بالوسائل التي من شأنها اقتضاء هذا الحق^(٥٦).

ب - ويذهب البعض الآخر إلى أن القانون الموضوعي هو الذي يحكم العلاقة ما بين المتعاقدين، أما القانون الإجرائي فهو الذي يحكم العلاقة بين المحكمة والخصوم والغير. ولكن يعيب هذا النظر أنه غير حاسم فمسألة شروط قبول الدعوى ينظر إليها البعض

باعتبارها مسألة متعلقة بعلاقة الخصوم بعضهم البعض ، بينما ينظر لها البعض الآخر باعتبارها مسألة منظمة لعلاقة المحكمة بالخصوم . هذا إلى أن القاعدة الواحدة يمكن أن تخاطب الخصوم والمحكمة في آن واحد ، بل أن البعض يذهب إلى القول بأن كافة القواعد القانونية إنما تخاطب السلطات العامة في الدولة ومنها القضاء دون الأفراد وبذلك ينهار المعيار السابق (٥٧) .

ج - ويذهب اتجاه ثالث إلى أنه لن يتأتى لنا تحديد طبيعة قاعدة معينة إلا عن طريق تحليل عبارتها ، فإذا كان من النوع الذي يستخدم عادة في صياغة القواعد الموضوعية كانت القاعدة محل البحث موضوعية ، أما إذا كانت هذه العبارة مما يستخدم في صياغة القواعد الإجرائية ، كانت القاعدة المعنية إجرائية (٥٨) .

والراجع هنا : أن التفرقة بين المسائل الموضوعية والإجرائية هي مسألة تكييف تخضع للقانون المختص (٥٩) . وبهذه المثابة ، إذا عرضت مسألة معينة أمام محكمة التحكيم ، فيجب عليها أن تقوم بتكييفها تمهيداً لإسنادها للقانون المختص ، فإذا خلصت هذه

المحكمة إلى أن الأمر يتعلق بمسألة موضوعية أخضعتها للقانون الواجب التطبيق على الموضوع . أما إذا انتهت إلى اعتبارها مسألة إجرائية ، فيتعين عليها إخضاعها للقانون الواجب التطبيق على الإجراءات . ولكن يثور التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون يذهب البعض ، إلى أنه لا صعوبة في الأمر ، إذا ما اختار المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة أمام المحكم ، فهذا يتعين عليه أن يعمل أحكام هذا القانون (٦٠) . أما إذا لم يعبر المتعاقدان عن إرادتهم الصريحة في هذا الصدد ، يتعين على المحكمة التحكيمية أن تبحث عن إرادتهم الضمنية ، والتي يمكن الوقوف عليها عن طريق تحديد الدولة التي ستعقد فيها جلسات الاستماع ، فاختيار المتعاقدين لتلك الدولة يعنى ضمناً اختيار قانونها لحكم إجراءات التحكيم (٦١) . ولا شك أن إخضاع الإجراءات لقانون الدولة التي تنعقد فيها جلسات التحكيم يتفق مع طبيعته القضائية ، كما أنه يتيح لمحكمة التحكيم فرصة الوقوف على القانون الإجرائي الواجب التطبيق بسهولة هذا إلى أن الخضوع له يمكنها من طلب المساعدة من السلطات القضائية المختصة في دولة التحكيم مثل

شهادة الشهود (٦٢) . ولكن يعيب هذا النظر أن جلسات الاستماع يمكن أن تنعقد في أكثر من دولة ، كما أن الحكم قد يصدر في دولة مختلفة ، فهذا يثير التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون . هذا إلى أنه كثيراً ما تتم إجراءات التحكيم في دولة منبئة الصلة بالنزاع (٦٣) . ويذهب اتجاه آخر إلى تطبيق القانون الإجرائي السائد في الدولة التي سيجري فيها تنفيذ الحكم ، باعتباره النظام القانوني الذي سيكفل الفعالية لهذا الأخير (٦٤) . ويعيب هذا النظر أنه في كثير من الحالات يصعب على المحكمة التحكيمية التنبؤ بالدولة التي سيتم فيها تنفيذ الحكم الصادر منها . كما أنه قد تتعدد الدول التي يمكن أن يتم فيها هذا التنفيذ ، وبهذه المثابة يثار التساؤل عن كيفية تحديد هذا القانون نظراً لصعوبة تطبيق قوانينها مجتمعة .

والراجع ما يذهب إليه البعض من تقرير حق محكمة التحكيم في اختيار القانون الذي يحكم إجراءات الخصومة أمامها . فمن شأن هذا النظر أن تتمكن هذه المحكمة من اختيار أفضل النظم القانونية وأنسبها لحكم المسألة المعروضة (٦٥) . ولكن يثار التساؤل . هل من اللازم أن

يكون هذا القانون صادراً عن دولة ، أم يجوز أن يكون صادراً عن إحدى الهيئات الدائمة للتحكيم التجاري الدولي . يذهب البعض إلى تطبيق محكمة التحكيم لقانون إجرائي خاص بدولة معينة سوف يؤدي إلى سهولة الاعتراف بحكمها وتنفيذه ، أما إذا طبقت الأخيرة نظاماً إجرائياً غير صادر عن دولة ، فقد يؤدي ذلك إلى عدم إمكان تنفيذ هذا الحكم سيما إذا كانت دولة التنفيذ تتشدد في معاملة أحكام المحكمين الأجنبية. (٦٦) ومع ذلك ، يدعو البعض (٦٧) الآخر إلى عدم إخضاع إجراءات التحكيم الدولي لأي نظام قانوني وطني . ويؤكد البعض سلامة هذا النظر مقررأ أن هناك حالات كثيرة للتحكيم جرت فيها أوساط التجارة الدولية على الخروج عن نطاق القوانين الوطنية ، (٦٨) وبهذه المثابة . فلمحكمة التحكيم حق الخيار والمفاضلة بين الأنظمة المطروحة عليها توصلأ لاكثرها ملائمة في هذا الصدد ، فيحق لها التعويل على قانون دولة معينة ، ولا يلزم أن يكون خاصاً بالدولة التي تتم فيها جلسات الاستماع (٦٩) . بل يحق لها اختيار سواء ما دام متفقاً مع القانون الواجب التطبيق على الموضوع ، أو بعبارة أخرى

فالقانون المختار يجب أن يكون بعيداً عن الشكليات والتحكم (٧٠) . وقد أحسنت الاتفاقية وعقود الضمان صنفاً حينما تبنت الاتجاه الراجح في العمل الدولي ، حيث نصت م ٥/١/٤ على أنه تفصل محكمة التحكيم ... وتحدد الإجراءات الخاصة بها ، (٧١) . ونرى أنه بمرور الوقت سوف تقل الحاجة إلى مثل هذا القانون ، سيما إذا ما تصدى مجلس المؤسسة لإصدار اللوائح المنظمة لإجراءات الخصومة أمام محكمة التحكيم . كما أن السوابق التي سترسيها هذه الأخيرة يمكن التعويل عليها في هذا الصدد (٧٢) . فإذا ما فرغنا من تحديد القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة أمام محكمة التحكيم ، فإن التساؤل يثور حول نطاق تطبيق هذا القانون . وهذا ما سنبينه عند الكلام على إجراءات الخصومة ، كما سيلي .

المبحث الثاني

خصومة التحكيم

تمهيد :

حدد ملحق الاتفاقية وعقود الضمان الطريقة التي يتم بها تعيين المحكمين كما يبين إجراءات الخصومة أمام محكمة

التحكيم منذ بدأتها وحتى إصدار الحكم وفي النهاية بينت الآثار المترتبة على الحكم . ويثور التساؤل عن كفاية التنظيم المتقدم وعن ماهية الدور الذي يلعبه القانون الواجب التطبيق على إجراءات الخصومة في هذا الصدد .

أولاً : تعيين المحكمين :

نص المادة ٤ من ملحق تسوية المنازعات أنه تبدأ إجراءات التحكيم عن طريق إخطار يتقدم فيه الطرف الراغب في التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الأخرى في المنازعة ويوضح هذا الإخطار واسم المحكم المعين من قبله (٧٣) . ويجب على الطرف الآخر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الإخطار أن يخطر طالب التحكيم باسم المحكم الذي عينه (٧٤) ، ويختار المحكمون مرجحاً ويكون له صوت مرجح عند انقسام الآراء بالتساوي في المحكمة (٧٥) .

وإذا لم يعين الطرف الآخر محكماً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الإخطار أو لم يتفق المحكمون على تعيين المحكم المرجح خلال ستين يوماً من التاريخ المذكور تتكون محكمة التحكيم من محكم واحد أو من عدد فردي من المحكمين بينهم

حكم مرجح ويكون لكل طرف أن يطلب تعيينهم من جانب رئيس محكمة العدل العربية وإلى أن تنشأ هذه المحكمة يوجه الطلب إلى أمين عام جامعة الدول العربية (٧٦) .

وتنص المادة ٧٣ من عقد ضمان مساهمة في رأس مال شركة على أنه (٧٧) ، يجب أن يكون المحكمين مواطني الدول الأعضاء في المؤسسة .. على أنه إذا كان الطرف المضمون شخصاً اعتبارياً لا يتمتع بجنسية إحدى هذه الدول ، جاز أن يكون المحكم الذي يعينه من جنسية الدولة التي ينتمي إليها الشخص الاعتباري . وفي غير الأحوال التي يتفق فيها الطرفان على خلاف ذلك ، يجب ألا يكون الحكم المرجح المحكم الوحيد من مواطني الدولة التي ينتمي إليها الطرف المضمون بجنسيته (٧٨) ، (٧٩) . ولا يجوز لأي طرف تغيير المحكم الذي عينه قبل البدء في نظر الدعوى وفي حالة استقالة المحكم أو وفاته أو عجزه عن العمل يعين محكم خلفاً له بذات الطريق التي عين بها المحكم الأصلي . ويكون للخلف جميع سلطات سلفه ويقوم بجميع واجباته .

والقانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، هو الذي يبين

لنا الصفات الواجب توافرها في المحكمين وتلك التي يجب أن تنتفي في حقهم ، فهذا القانون يحدد ما إذا كان من اللازم أن يكون المحكم رجلاً أم يمكن أن يكون امرأة (٨٠) ، وهل يلزم أن يكون ذو ثقافة قانونية أو فنية من عدمه (٨١) ، وهل يلزم أن يكون المحكم عالماً باللغة التي يتم بها المرافعة ، أم أن ذلك غير لازم على أساس قيامه بالحكم في الخصومة المطروحة عليه في ضوء الأوراق المقدمة إليه ولو كانت مترجمة ويحدد لنا ذات القانون عما إذا كان من اللازم أن تكون حواس المحكمين مكتملة أو أن نقص بعضها لا يؤثر عليه ، كأن يكون أبكماً أو كفيفاً .. ويبين لنا ذات القانون هل من اللازم أن يكون المحكمين مسلمين بالكتابة والقراءة من عدمه ، وفي حالة النفي ما هي الإجراءات اللازم اتخاذها لتلافي آثار هذا العوار . كما يحدد لنا القانون هل يمكن أن يكون المحكم من رجال القضاء من عدمه (٨٢) . والقانون الذي يحكم الإجراءات هو الذي يبين لنا الأهلية اللازم توافرها في المحكمين ، والآخر المترتب على تخلفها ، وهل هي الأهلية الكاملة أم يمكن أن يكونوا ناقصي الأهلية . كذا هل يمكن أن يكون المحكم محروماً من حقوقه

المدنية أو السياسية أو مقلساً (٨٣) . والقانون الإجرائي هو الذي يبين لنا مدى إمكان رد المحكم (٨٤) . وفي حالة الإيجاب الأسباب التي توجب الرد والميعاد ، الذي يجب التمسك به فيه ، ويحدد لنا أيضاً أثر التقدم بطلب الرد على الخصومة المطروحة أمام محكمة التحكيم ، وهل تستمر أم يتعين وقفها لحين الفصل في هذا الطلب ، كذا أثر الحكم بالرد على الإجراءات التي تمت أمام هذه المحكمة قبل تقديم الطلب أو بعده إذا ما استمر المحكم المعنى في مباشرة مهام وظيفته رغم ذلك . وأخيراً فالقانون المتقدم هو الذي يبين لنا الجهة المختصة بالفصل في هذا الطلب .

ثانياً : إجراءات الخصومة :

تنص المادة ٤ من ملحق تسوية المنازعات على أنه « تبدأ إجراءات التحكيم عن طريق إخطار يتقدم به الطرف الراغب في التحكيم إلى الطرف أو الأطراف الأخرى ويوضح هذا الإخطار طبيعة المنازعة والقرار المطلوب صدوره فيها ... » فالنص المتقدم يبين لنا الكيفية التي تنعقد بها خصومة التحكيم . ولكن هناك أوجه نقص تعتور هذا التنظيم ، وبهذه المثابة

يتصدى القانون الواجب التطبيق لبيان حكمها .

فقانون الإجراءات هو الذى يبين لنا الطريقة التى يتم بها إخطار المدعى عليه بالرغبة فى طرح الخصومة على محكمة التحكيم ، وهل يتم ذلك بالطريق الرسمى عن طريق إعلان على يد محضر أو عن الطريق العادى أى بالبريد ، وما هو الحكم فى حالة عدم وصول هذا الإخطار إلى المدعى عليه أو فى حالة وصوله متأخراً ، كذا اللغة التى يجب أن يتم بها الإخطار ، وهل يلزم إرفاق المستندات المؤيدة للطلبات الواردة فيه من عدمه . ويبين لنا ذات القانون الحالة التى يخلو فيها الإخطار من أحد البيانات الأساسية لطبيعة النزاع أو الطلبات ، وهل يكون باطلاً من عدمه ، وهل يمكن تصحيح هذا البطلان ، وما أثر ذلك على التزام المدعى عليه بالرد فى الميعاد المقرر قانوناً أو اتفاقاً . وإذا جاء الإخطار صحيحاً ، فالقانون المختص هو الذى يبين لنا البيانات الواجب نوافرها فى رد المدعى عليه وشكله ولغته ومرفقاته . وتنص الاتفاقية (الملحق) وعقود الضمان المختلفة على أنه تتعقد محكمة التحكيم لأول مرة فى الزمان والمكان الذين يحددتهما الحكم المرجح ثم تقرر المحكمة بعد

ذلك مكان انعقادها ومواعيدها . (م ٥/١/٤) ^(٨٥) . ويمكن أن تتعقد جلسات الاستماع فى دولة عربية متعاقدة أو فى دولة غير متعاقدة ، حيث أن الأحكام السابقة لم تضع أى قيد فى هذا الصدد ، ودولة الاستماع قد تكون دولة المدعى عليه أو دولة المدعى ، وقد تكون دولة محايدة ^(٨٦) . وتفصل محكمة التحكيم فى كافة المسائل الخاصة باختصاصها ^(٨٧) . ويعتبر هذا النص تقنياً للعمل الدولى فى هذا المجال ، حيث جرى على إعطاء محاكم التحكيم السلطة المتقدمة ^(٨٨) . وبهذه المثابة إذا ما دفع أحد الخصوم أمامها بعدم اختصاصها بنظر مسألة معينة ، فإن هذه المحكمة هى صاحبة الولاية فى التصدى للفصل فى هذا الدفع . ومن ناحية أخرى يحق لهذه المحكمة التخلّى عن نظر أى طلب من طلبات الخصوم إذا وجدت أنه خارج ولايتها ^(٨٩) . وتظل ولاية المحكمة باقية حتى لو طعن الخصوم على عقد الضمان بالبطلان . وحتى لو قضت هذه المحكمة ببطلانها ، حيث الثابت أن شرط التحكيم يتبع باستقلالية عن العقد الذى يرد فيه ^(٩٠) . ولكن يثور التساؤل عن مدى حق محكمة التحكيم فى التصدى لتفسير الاتفاقية إذا ما دعت

الحاجة إلى ذلك عند قيامها بالفصل فى النزاع المطروح عليها .

ومن المفيد أن نشير هنا إلى أن المادة ١٠/٢ د من الاتفاقية قد نصت على أنه : يقوم المجلس على وجه الخصوص بالمهام الآتية :

أ -

ب - تفسير نصوص هذه الاتفاقية .

وعلى هذا الأساس فمجلس المؤسسة هو السلطة الوحيدة صاحبة الحق فى تفسير الاتفاقية ، ولا يجوز نزعه عنه بأى حال . وبهذه المثابة إذا ما ثارت منازعة أمام هذه المحكمة حول تفسير نص من نصوص الاتفاقية ، يتعين عليها أن توقف الفصل فى نظر الدعوى وأن تحيل الأمر إلى المجلس لإبداء رأيه فيه ، ومن شأن هذا النظر أن يتوحد مضمون الأحكام الواردة فى الاتفاقية ، والقول بغير ذلك يؤدى بالضرورة إلى اختلاف مضمون الحكم (المطبق) باختلاف المنازعة . وهذا الوضع من شأنه الإخلال بالمساواة بين المستثمرين المضمونين ، وهى نتيجة غير مرغوب فيها على الإطلاق . ويجب على هذه المحكمة الالتزام

بالتفسير الذي يعطيه المجلس للنص محل البحث (١١) .

ويجوز لهيئة التحكيم فى أية مرحلة من مراحل الإجراءات أن تطلب إلى الطرفين تقديم مستندات أو أدلة أخرى وأن تعين المكان المتصل بالنزاع وأن تجرى ما تراه لازماً من تحقيقات (٩٢) . فالأصل هو التزام الخصوم بتقديم الأدلة المثبتة لادعاءاتهم ، فالمحكمة المتقدمة ليست ملزمة بالإشارة عليهم بذلك فهم وشأنهم فى هذا الأمر ، ولكن ذلك لا يحول دون قيامها بطلب المستندات المعينة منهم توصلاً لوجه الحقيقة فى الأمر (٩٣) . وفضلاً عن ذلك يحق للخصوم أن يثبتوا ادعاءاتهم بكافة طرق الإثبات مثل الشهادة والمعاينة وما شابه ذلك من وسائل ، كالخبرة (٩٤) . ولا صعوبة فى الأمر ، إذا ما استطاعت المحكمة السابقة القيام بالأمور المتقدمة . ولكن يدق الأمر فى الفرض التى يستعصى عليها ذلك . فإذا تعلق الأمر بالإثبات عن طريق البيئة ، فقد لا يحضر الشهود أمامها ، وهى لا تستطيع أن توقع أى جزاء عليهم لعدم خضوعهم لولايتها فهنا يحق لها الرجوع للمحكمة الوطنية المختصة بطلب سماع شهادتهم إذا كان قانونها يجيز لها ذلك .

كذا إذا تطلب الأمر اللجوء إلى خبراء رسميين فى دولة معينة ، لإعداد تقرير فنى خاص بالدعوى أو لفحص بعض المستندات (٩٥) .

وتسمح هيئة التحكيم لجميع الأطراف بفرصة عادلة لتقديم منكراتهم والإدلاء بأقوالهم وأوجه دفاعهم (٩٦) . ونظراً لوجود أوجه نقص فى التنظيم المتقدم .

فقانون الإجراءات هو الذى يبين لنا هل تتم الجلسات سرية أم علنية (٩٧) . كذلك اللغة المستخدمة فى المرافعة وهل يلزم أن تكون العربية أم يمكن أن تكون لغة أخرى ، وفى الحالة الأخيرة هل يلزم إرفاق ترجمة لما يقدم من مستندات بلغة أجنبية من عدمه . ويبين لنا ذات القانون هل يلزم وجود كاتب جلسة من عدمه (٩٨) . وهل هناك محاضر لجلسات الاستماع وما هى الأمور التى يتم إثباتها فيها .. (٩٩) . وهل يلزم أن يحضر الخصوم بأنفسهم أمامها أم يجوز توكيل الغير فى ذلك ، وما هى الصفات الواجب توافرها فى الوكلاء والطريقة التى يثبتون بها صفاتهم المتقدمة وهل يلزم أن يكونا من المحامين من عدمه ، وفى حالة الإيجاب ما هى المواصفات الواجب توافرها فيهم (١٠٠) ، كذا ما هى

حقوقهم والتزاماتهم (١٠١) . والقانون الذى يحكم الإجراءات هو الذى يحكم عوارض الخصومة (١٠٢) . أمام محكمة التحكيم ، فيحدد لنا أثر عدم حضور الخصمين أو أحدهما أمامها فى إحدى جلسات الاستماع ، وهلى يحق لها شطب الدعوى فى هذه الحالة أم يتعين عليها الفصل فيها رغم ذلك . وفى الحالة الأولى ، هل يحق للخصوم السير فيها من جديد أم لا ، وفى حالة الإيجاب ما هى المدة التى يحق لهم فيها ذلك . ويبين لنا ذات القانون حكم الحالة التى يتوفى فيها أحد الخصوم أو يفقد أهليته أو تزول صفة من كان يمثلها ، وهل ينقطع سير الخصومة من عدمه ، وما هو مصير الأحكام السابق صدورها قبل الحكم بالإنقطاع ، كذا ما هو جزاء السير فى الإجراءات رغم تحقق سبب الإنقطاع . ويحدد لنا أيضاً من عليه عبء تعجيلها والأجل الذى يجب أن يتم فيه هذا الإجراء وجزاء فواته دون اتخاذها ، كذا لمن توجه الخصومة بعد تعجيلها ويحدد لنا قانون الإجراءات أيضاً مدى جواز ترك الخصومة أمام محكمة التحكيم وما هو الشكل الذى يجب أن يتخذه هذا الأمر ، وما هو الأثر المترتب عليه بالنسبة لسلطة هذه المحكمة (١٠٣) .

الإثبات :

ويبين لنا القانون المتقدم هل يتم اتخاذ إجراءات الإثبات بناء على قرار أم حكم . كذلك هل يلزم قيام المحكمة باتخاذها وهي بالكامل تشكيلها أم يجوز لها تفويض أحد الأعضاء باتخاذها (١٠٤) . أما محل الإثبات فيخضع للقانون الذي يحكم الموضوع نظراً للصلة الوثيقة القائمة بين الأمر الأول والحق ذاته (١٠٥) . أما الجوانب الإجرائية للمسألة المتقدمة فتخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات فهو الذي يبين لنا الشروط الواجب توافرها في الواقعة محل الإثبات ، وهل يلزم أن تكون محلاً للنزاع ومحددة منتجة ومقبولة أو يكتفى بتوافر بعض الأمور السابقة (١٠٦) . وعبء الإثبات يخضع لقانون الموضوع ، فهو الذي يحدد لنا الشخص الملزم بإقامة الدليل على الواقعة المنشئة للحق المدعى به (١٠٧) . وكذلك إمكانية نقل هذا العبء من عدمه بمقتضى اتفاقات المتعاقدين ، (١٠٨) . ويحكم قانون الموضوع أيضاً القرائن القانونية ، فهو الذي يبين لنا شروط أعمال القرينة وقوتها ، بمعنى هل هي قاطعة بحيث لا تقبل إثبات العكس أم أنها بسيطة يجوز إثبات

عكسها (١٠٩) . أما مسألة مدى لزوم الدليل الكتابي لإثبات عقد الضمان فتدخل في فكرة شكل التصرف ، وبهذه المثابة تخضع للقانون الذي يحكم الشكل (١١٠) . أما عن إمكان إثبات العقد المتقدم بطرق الإثبات الأخرى كالبينة أو اليمين ، فمن المتصور أن تخضع للقانون الذي يحكم الإجراءات ومع ذلك نرى وجوب إخضاعها للقانون الذي يحكم الموضوع . وبهذه المثابة فهذا الأخير هو الذي يحدد لنا ما إذا كان الدليل قاطعاً أم يؤخذ به على سبيل الاستدلال وهو الذي يبين ما إذا كان الجائر نقض الدليل بدليل آخر ، وما إذا كان من الجائر الاعتداد بالمحرر كمبدأ ثبوت إن لم يكن دليلاً كتابياً كاملاً ، (١١٢) . وتبقى مسألة أخيرة في هذا الصدد ألا وهي إجراءات تقديم الدليل لمحكمة التحكيم . والثابت أن الاتفاقية وعقود الضمان لم تتصد لبيانها ، وعلى هذا الأساس ، يرجع بشأنها للقانون الذي يحكم الإجراءات وهذا النظر يتفق مع الفقه السائد (١١٣) .

ثالثاً : الحكم وآثاره :

تنص المادة ١/٤ ز من الاتفاقية على أنه :

« تسمح محكمة التحكيم وتصدر قراراتها بأغلبية

الأصوات متضمنة أسباب كل قرار ويجب أن يكون القرار موقعاً من أغلبية أعضاء المحكمة على الأقل » (١١٤) . لم يبين الملحق أو عقود الضمان حكم المرحلة السابقة على إصدار الحكم والمدة التي يجب أن يصدر فيها . وعلى هذا الأساس يتصدى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لبيان الأمور المتقدمة . فمن ناحية أولى ، يبين لنا القانون المتقدم الكيفية التي تتم بها المداولة وهل من اللازم أن تكون سرية من عدمه (١١٥) ، وما هو الجزاء المترتب على مخالفة الحكم السابق . ومن ناحية ثانية ، لم تبين لنا المصادر السابقة الميعاد الذي يجب أن يصدر فيه الحكم (١١٦) ، وذلك على خلاف حالة المفاوضات والتوفيق ، حيث بينت لنا أحكام الميعاد الذي يجب فيه إتمام أى من الإجراءين السابقين . ولا يتصور ألا يكون هناك ميعاد لإنجاز هذا الأمر .

وعلى هذا الأساس ، فالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات ، هو الذي يبين لنا ميعاد إصدار الحكم ، والوقت الذي يبدأ فيه سريان هذا الميعاد والوقت الذي ينقص فيه . كذا الأسباب التي من شأنها وقفه أو انقطاعه (١١٧) . فضلاً عن

ذلك يحدد لنا ذات القانون مدى إمكان امتداد الميعاد السابق ، وفي حالة الإيجاب الحالات التي يجوز فيها ذلك ، والمدة الجديدة التي يجب أن يصدر الحكم فيها ، وهل هي ذات المدة القديمة أم تختلف عنها ، وعدد المرات التي يمتد فيها هذا الميعاد . وفي حالة النفي ، يبين لنا هذا القانون حكم الحالة التي يصدر فيها الحكم بعد الميعاد . وهل يكون عديم الأثر قانوناً ، أم يمكن أن ينتج آثاره بشروط معينة . وأياً ما كان الأمر ، فقد استلزم الملحق وعقود الضمان أن يصدر الحكم بأغلبية الأصوات (١١٨) . فإذا انقسمت الآراء بحيث لم تتوافر الأغلبية المطلوبة ، فهنا يؤخذ برأى رئيس محكمة التحكيم إعمالاً لنص المادة ١/١/٤ من الملحق .

مشمولات الحكم :

أ - يجب أن يتضمن الحكم الأسباب التي بنى عليها (١١٩) . وعلى هذا الأساس يجب أن يشتمل الحكم على سرد لوقائع الخصومة والهدف من ذلك التحقق من أن المحكمين قد اطلعوا على وقائع النزاع المطروح عليهم ، كذا المستندات التي قدمها الخصوم لهم ، وأن علمهم قد اتصل بجميع ما قيمه الخصوم من طلبات

ودفوع (١٢٠) . ويجب أن يتضمن الحكم أيضاً ما يثبت استخلاص المحكمة المتقدمة للصحيح الثابت من الوقائع ، وذلك في ضوء ما قدم إليها من مستندات وما يقرره القانون المختص في هذا الصدد (١٢١) .

وأخيراً يجب أن يتضمن الحكم تكييف الوقائع محل النزاع وبيان الأساس القانوني للحكم الذي انتهت إليه هذه المحكمة (١٢٢) .

ولعل التوفيق قد أصاب البعض حيث قرر في هذا الصدد أن القضاء المسبب هو مظهر قيام القاضي بما عليه من واجب تدقيق البحث وإمعان النظر لتعرف الحقيقة التي يشف عنها الحكم . وبه وحده يسلم من مظنة التحكم والاستبداد ويرتفع عنه الشك والشبهات ، (١٢٣) . والحقيقة المتقدمة تصدق بالنسبة لأحكام المحكمين شأنها في ذلك شأن الأحكام القضائية (١٢٤) . فالحكم هو عنوان الحقيقة سواء صدر عن القضاء العام أو القضاء الخاص وبهذه المثابة يجب أن يحاط بالضمانات الكافية والتي من شأنها بعث الثقة والإطمئنان في نفوس المتقاضين . ولعل التسبب هو خير وسيلة للوصول للغاية المتقدمة . وتجدر الإشارة إلى أن لفظة الأسباب قد جاءت مطلقة الأمر الذي يحمل على

الإعتقاد إمكان نكر أو تضمين الحكم الأسباب الإنفرادية أو المعارضة لبعض المحكمين . وبهذه المثابة يجوز لأي من المحكمين أن يثبت رأيه المعارض سواء انصبت المعارضة على الأسباب أو المنطوق أو الإثنان معاً . فقد يرى المحكم المخالف أن منطوق الحكم سليم ولكن يمكن حمله على أسباب أخرى ولا يوجد ثمة مانع من قيامه بإثبات الأسباب التي يراها قادرة على حمل هذا المنطوق حتى لو خالف أسباب الحكم . وقد يرى هذا المحكم عدم سلامة المنطوق ، فيحق له نكر المنطوق الذي يراه سليماً في هذا الصدد والأسباب التي يمكن حمله عليها (١٢٥) .

ولا شك أن الأخذ بالنظر المتقدم من شأنه تحقيق عدة فوائد : فمن ناحية أولى ، يؤدي ذلك إلى احترام رأى المحكم المخالف لما انتهت إليه الأغلبية والقول بغير ذلك يترتب عليه أن ينسب لهذا المحكم رأياً لم يقل به بل يعارضه ، (١٢٦) وهذا غير مقبول . ومن ناحية ثانية ، فإن نكر الرأى المخالف لا يعد أمراً متعلقاً بالحكم فحسب ، ولكنه يمس النظام القانوني المعنى . فمن شأن هذا الرأى أن يساعد في تطوير هذا النظام

وتقدمه ، فقد أثبتت التجربة أن السماح للأقلية بالتعبير عن وجهة نظرها علناً قد أدى إلى تحسن ملموس في صياغة الأحكام . إذ أن الأقلية تحرض على تبرير موقفها بطريقة علمية مقينة ، (١٢٧) . ومن شأن هذا الخلاف إثراء النظام القانوني المعنى وبيان أوجه القصور فيه الأمر الذي يدفع المشرع إلى تعديله (١٢٨) كما يحفز الخصوم إلى احسان صياغة علاقتهم محل البحث في المستقبل . ويتأكد لنا سلامة هذا النظر إذ علمنا بأن النظام القانوني لعقود الضمان ما زال في طور انحداء . ومن ناحية ثالثة ، فإن الأخذ بالنظام المتقدم يؤدي إلى التمييز بين الأحكام القوية وتلك الضعيفة . وإذا كنا نسلم من البداية بأن الحكمين كليهما يتمتع بحجية الشيء المحكوم فيه ، إلا أن الأحكام الصادرة بالإجماع تعتبر أحكاماً قوية ، بحيث يكتن القول بأنها ترسي مبادئ قانونية ويتعين الالتزام بها في المستقبل عندما تعرض حالات مماثلة وذلك على خلاف الحال بالنسبة للأحكام الصادرة بالأغلبية والتي ستكون أقل قوة (١٢٩) .

ب - وفصلاً عن الأسباب فيجب أن يتضمن الحكم توقيع أغلبية أعضاء المحكمة (١٣٠) ولا مندوحة إن وقع على الحكم

جميع المحكمين الذين أصدروه . حيث أن النص المتقدم يقرر الحد الأدنى والذي ينبغي عدم النزول عنه ولكن ذلك لا يحول دون تجاوزه إن أمكن . وبهذه المثابة إن كانت المحكمة مشكلة من ثلاث محكمين كما هو الوضع المعتاد فيجب أن يوقع عليه اثنان على الأقل أما إذا كانت المحكمة مشكلة من محكم واحد فيجب أن يوقع عليه الأخير وإلا كان ذلك مخالفاً للنص السابق . والراجح ألا يمتنع أي من المحكمين عن التوقيع على الحكم سيما بعد أن قررنا حق المحكم ذي الرأي المخالف في إثبات رأيه بعد الحكم الأصلي ، حيث يزول السبب الدافع لذلك (١٣١) .

ج - وفي نهاية الأمر ، يجب أن ينتهي الحكم بالمنطوق ، وهذا هو المستفاد من المادة ١/٤ ز سالف الذكر . وهذا البيان بديهي . حيث لا جدوى من حكم لم يقض بشيء . وقد يكون المنطوق صريحاً ، ويمكن أن يكون ضمناً ، « كان يقرر المحكم (أو المحكمون) جميع طلبات المدعى (طالب التحكيم) ثم ينكر أنه قد حكم له بجميع طلباته » (١٣٢) .

هذه هي البيانات التي يتطلب الملحق وعقود الضمان المختلفة توافرها في الحكم . ومع ذلك

يحق للمستثمر المضمون والمؤسسة أن يتطابا توافر ثمة بيانات أخرى فيه ، إذا اتفقا على ذلك في الشروط الخاصة لعقد الضمان . أما إذا لم يوجد مثل هذا الاتفاق ، فالقانون الواجب التطبيق على الإجراءات هو الذي يبين لنا مدى لزوم ذكر مكان صدور الحكم (١٣٣) ، وتاريخه (١٣٤) وأسماء الخصوم وصفاتهم وموطنهم ومن باشر الإجراءات عنهم (١٣٥) . وأسماء المحكمين الذين أصدروه من عدمه (١٣٦) .

كذا هل يلزم صدور هذا الحكم باسم الساطة العليا في دولة ما ، أم أن ذلك غير ضروري ولا يؤثر على سلامته (١٣٧) .

ويحدد لنا ذات القانون إجراءات النطق به وهل يلزم أن تكون علنية أم يمكن أن تكون سرية (١٣٨) ، كذا اللغة التي يجب أن يكتب بها الحكم ، وهل يلزم أن تكون العربية أم يمكن أن تكون لغة أجنبية (١٣٩) . كذلك يحدد لنا ذات القانون حكم الحالة التي يخلو فيها الحكم المعنى من الأسباب ، وهل يترتب على ذلك بطلان الحكم أو انعدامه أو قابليته للإبطال (١٤٠) . ومن هو صاحب الصفة في التمسك بذلك ، وهل يقتصر الأمر على المحكوم عليه وخلفه العام

ودائنيه أم يمتد ليشمل أيضاً من صدر الحكم لصالحه . ويبين لنا ذات القانون حكم الحالة التي يتضمن فيها نكر لوقائع محرفة وذلك على خلاف ما هو ثابت في الأوراق (١٤١) ، والحالة التي تتناقض فيها أسباب الحكم بعضها مع البعض الآخر (١٤٢) . أو مع المنطوق (١٤٣) . ويتصدى القانون الواجب التطبيق على الإجراءات لبيان حكم الحالة التي تتناقض فيها عناصر المنطوق بعضها مع البعض الآخر (١٤٤) ، كذا أثر التزيد في الأسباب على سلامة الحكم (١٤٥) ، ويحدد لنا ذات القانون ، هل يلزم أن ترد المحكمة على كافة أوجه دفاع ودفع الخصوم أم أن ذلك مقصور على الجوهرى منها (١٤٦) . وماهية هذه الأخيرة وإذا ما قضت المحكمة بأكثر مما طلبه الخصوم . فالقانون المتقدم هو الذى يبين لنا أثر ذلك على سلامة الحكم (١٤٨) ، وهل يمكن تكملته بالرجوع إلى أوراق الدعوى وما نطاق ذلك (١٤٩) .

وأياً ما كان الأمر ، فالملاحظ أن الملحق لم يتطلب إيداع مسودة الحكم لدى المؤسسة (١٥٠) . وإنما اكتفى بوجوب تسليم الخصوم صورة

منه (١٥١) وذلك فور صدوره ودون أن يتوقف الأمر على موافقة أى جهة إدارية فى المؤسسة عليه (١٥٢) .

وإذا كانت محكمة التحكيم هى المختصة بالفصل فى الخصومة فهى صاحبة الولاية فى المنازعات المتعلقة بالمصاريف والأتعاب وفى هذا الصدد تذهب المادة ٤١/ح إلى أنه «يحدد الأطراف مقدار أتعاب المحكمين ، فإذا لم يتفق على مقدار تلك الأتعاب قبل انعقاد محكمة التحكيم قامت المحكمة بتحديد المقدار المعقول لها فى ضوء الظروف كما تحدد المحكمة أتعاب الأشخاص الآخرين الذين يكلفون بأعمال أو إجراءات متعلقة بالتحكيم . ويتحمل كل طرف مصاريفه فى إجراءات التحكيم بينما يتقاسم الأطراف بالتساوى مصاريف محكمة التحكيم . وتفصل المحكمة فى أية مسألة تتعلق بتقسيم مصاريف التحكيم أو إجراءات دفع هذه المصاريف (١٥٣) . فمحكمة التحكيم هى التى تقوم بتقدير أتعاب أعضائها وهذا ما لم يتفق الأطراف عليها قبل انعقاد المحكمة وهذا المبدأ معمول به فى النطاق الدولى والداخلى (١٥٤) .

وتراعى المحكمة المتقدمة

عند تقرير أتعاب أعضائها أهمية النزاع والعناية الخاصة التى أولتها إياه والزمن الذى استغرقه الفصل فيه وأخيراً مركز الخصوم من الثروة (١٥٥) . ومن ناحية ثانية تقوم المحكمة المتقدمة بتقدير أتعاب الأشخاص الذين يكلفون بأعمال وإجراءات متعلقة بالتحكيم ومثال ذلك الخبراء . ويراعى عند تقدير أتعاب هذه الفئة أهمية النزاع والجهد المبذول منهم والفائدة التى عادت على الخصوم من جهدهم (١٥٦) . ويتحمل كل طرف مصاريفه فى إجراءات التحكيم ، بينما تتقاسم الأطراف بالتساوى مصاريف هيئة التحكيم (م ١/٤ ح من الملحق) (١٥٧) .

استنفاد محكمة التحكيم لولايتها :

إذا ما أصدرت محكمة التحكيم حكمها ، فلا يجوز لها إعادة النظر فيه نظراً لخروج النزاع عن ولايتها (١٥٨) . وهذا الحكم مستفاد ضمناً من المادة ٣/٤ من الملحق ، فهذه الأخيرة تفيد مناهة حق الخصوم فى الرجوع إليها ، الأمر الذى يعنى استنفاد ولايتها بصدد المنازعة التى فصلت فيها . وأساس هذه الفكرة ، أن محكمة التحكيم بعد أن تتصدى للفصل فى الخصومة المطروحة عليها تستنفذ صفتها المتقدمة ، وبهذه المثابة ،

لا يحق لها الفضل فيها من جديد (١٥٩) . ومن ناحية ثانية . « فإن استقرار مراكز الخصوم يقتضى عدم ممارسة هذه المحكمة لوظيفتها إلا مرة واحدة ، لأن ذلك يؤدى إلى تطبيق القانون بأقل الوسائل ، الأمر الذى يحقق لنا أفضل النتائج بأقل نشاط . هذا إلى أن معاودة الفصل فى النزاع يؤدى فى بعض الفروض إلى تصحيح أخطاء سابقة قد وقعت فيها المحكمة ، ولكن الثابت أن مثل هذا النظر من شأنه التضحية بهدف أكبر وهو استقرار المراكز القانونية للخصوم وهذا غير جائز (١٦١) . وفضلاً عما تقدم لا يجوز للمحكمة المتقدمة أن تنصب نفسها حكماً على ما أصدرته من أحكام فتعاود النظر فيها بهدف إلغائها أو تعديلها (١٦٢) . وإعمالاً للمبدأ المتقدم ، لا يجوز لمحكمة التحكيم « الإحتفاظ بنفسها بحق الرجوع إلى تعديل الحكم إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما أنها لا تملك الحكم فى الدعوى بالحالة التى هى عليها مع إعطاء المدين الحق فى الرجوع إليها لتعديل الحكم أو إلغاؤه إذا ما عثر على دليل يفيد براءة ذمته ، (١٦٣) . والسلطة التى تستنفذها محكمة التحكيم ، إنما تتعلق بالقرارات القطعية

الصادرة منها فى خصومة منعقدة والتى تتخذ شكل الحكم . « فهناك عدة شروط من الواجب توافرها فى العمل المستنفذ لولاية المحكمة المتقدمة (١٦٤) . فمن ناحية أولى ، يجب أن يصدر القرار المعنى فى خصومة منعقدة ، سواء تعلق القرار بالحق محل النزاع أو بالإجراءات (١٦٥) . وبهذه المثابة فإن القرارات ، الصادرة من محكمة التحكيم المتعلقة بتحديد زمان ومكان انعقاد محكمة التحكيم وتأجيل نظر الدعوى (النزاع) للإطلاع والإستعداد ، فكافة هذه القرارات لا تعتبر أحكاماً تستنفذ بها محكمة التحكيم ولايتها . ومن ناحية ثانية ، يجب أن يتخذ هذا القرار شكل حكم على النحو الذى رسمه ملحق تسوية المنازعات (١٦٦) ، أو بعبارة أخرى يجب أن ينصب هذا القرار فى وثيقة مكتوبة تشمل على البيانات المقررة فى الملحق كوقائع وأسباب الحكم وتوقيع أغلبية أعضاء المحكمة فضلاً عن المنطوق سواء كان صريحاً أو ضمناً . فبغير هذه الوثيقة لا يوجد حكم .

ومن ناحية ثالثة ، يجب أن يتضمن هذا القرار قضاء قطعياً (١٦٧) ، أى « قاطعاً بصفة

حاسمة للنزاع حولة المسألة التى فصل فيها » وبهذه المثابة فالقرارات الصادرة من محكمة التحكيم والتى تستهدف إعداد الخصومة للفصل فيها ، مثال القرار الصادر منها بسماع شهادة أشخاص معينين ، فكافة هذه القرارات لا تستنفذ ولاية المحكمة المتقدمة ، حيث أنها لم تبشرها بعد . فالأحكام التى تصدر عن محكمة التحكيم ليست كلها أحكاماً قطعية ، فمنها ما لا يعد كذلك وبالتالي لا يستنفذ ولايتها (١٦٩) وهذا يدعونا إلى تحديد مفهوم الحكم القطعى فى هذا الخصوص . ويقصد بالقطعية هنا الحسم الملزم الذى لا رجوع فيه لمسألة كانت محلاً للمنازعة بين الخصوم (١٧٠) وعلى هذا الأساس فالحكم الذى لا يتضمن حسماً للنزاع أو حلاً لخلاف بين المؤسسة والمستثمر المضمون لا يعد من قبيل الأحكام القطعية التى تستنفذ ولاية المحكمة المتقدمة (١٧١) .

ويلاحظ أن موضوع الحكم القطعى قد يكون الخصومة الأصلية أو مسألة متفرعة عنها (١٧٢) ، ما دامت داخلة فى ولاية محكمة التحكيم . وفى الفرض الأخير ، فإن المحكمة المتقدمة تستنفذ ولايتها بالنسبة للمسألة التى فصلت فيها دون

النزاع الأصلي والتي تحتفظ بولايتها كاملة عليه . وأياً ما كان الأمر ، فإن الحكم القطعي قد يرد في صورة صريحة ، أو ضمنية . وفي الحالة الأولى يذكر مضمون في المنطوق وفي الحالة الثانية يستفاد مضمونه من مكونات الحكم رغم انتقاء الشكل الصريح (١٧٣) . وقد عبر البعض عن الحقيقة المتقدمة مقررأ بان الحكم الضمني هو النتيجة الحتمية للحكم الصريح (١٧٤) ، فالحكم بنذب خبير لتقدير التعويض المستحق على المدعى (١٧٥) .

فالحكم الصريح والضمني أياً منهما فمن شأنه استنفاد ولاية المحكمة وبهذه المثابة يمتنع عليها العودة إليه بالتعديل أو الإلغاء (١٧٦) . أما إذا كان الحكم غير حاسم لأي مسألة محل نزاع ، فلا يعدو أن يكون حكماً تمهيدياً يحق للمحكمة المتقدمة العدول عنه وإلغاؤه ، حيث أن إصداره لا يستنفذ ولايتها في هذا الصدد (١٧٧) .

تفسير الحكم :

تنص المادة ٣/٤ من الملحق على حق الخصوم في الرجوع إلى محكمة التحكيم بطلب تفسير الحكم حيث تقرر أن « أية منازعة حول تفسير قرار محكمة التحكيم في نزاع معين يجب أن

ترفع خلال ثلاثة شهور من صدور هذا القرار إلى المحكمة التي أصدرته وذلك بناء على طلب يقدمه أي طرف في النزاع الأصلي إلى المحكم المرجح الذي يتعين عليه عندئذ دعوة المحكمة بهيئتها السابقة إلى الإنعقاد خلال شهرين من تقديم الطلب فإذا تعذر انعقاد المحكمة بهذه الطريقة تعين تشكيل محكمة جديدة طبقاً للإجراءات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من هذه المادة « ويكون للمحكمة في هذه الحالات أن تصدر قراراً بوقف تنفيذ القرار السابق إلى حين البت في الطلب الجديد » .

وحق المحكمة في تفسير الحكم الصادر عنها ليس من شأنه إهدار مبدأ استنفاد الولاية (١٧٨) ، حيث يقتصر دورها هنا على تحديد مضمون هذا الحكم الغامض ، ولا يحق لها تحت ستار التفسير المعاس بما سبقت أن قضت به بالتعديل أو الإلغاء : فمن ناحية أولى ، يشترط لقبول طلب التفسير أن يكون الحكم المعنى غامضاً أو به لبس لا يمكن معه الوقوف على حقيقة ما قصدته المحكمة ، وأن يكون الغموض وارداً في عبارات المنطوق وليس بالأسباب (١٧٩) . وعلى هذا الأساس يحق للمحكمة أن ترفض

طلب التفسير إذا ما استبان لها أن حكمها واضح وليس به أي غموض أو لبس ، أو إذا كان الغموض متعلقاً بالأسباب وليس منطوق ، والذي يتم التنفيذ وفقاً له ، فالتفسير ليس وسيلة للمنازعة في الأمور التي حسمها الحكم من قبل (١٨٠) . ومن ناحية ثانية ، فيجب على المحكمة المعنية أن تقوم بتفسير الحكم المنعى عليه غموضه ، وذلك ببيان حقيقة قضائها ، بحيث يزول اللبس عنه ، ويجب ألا تتعدى مهمتها هذا الأمر ، وبهذه المثابة لا يجوز لها أن تلغي ما سبق أن قضت به ، سواء كان ذلك إلغاءً كلياً أو جزئياً ، كما لا يجوز لها أن تلزم أحد الخصوم بما لم يلزم به في الحكم الأصلي محل التفسير (١٨١) . ويجب أن يرفع طلب التفسير إلى المحكم المرجح في خلال ثلاثة أشهر من صدور الحكم الأصلي ، فإذا انقضى هذا الميعاد فلا يحق للخصوم طلب تفسير هذا الحكم من المحكمة المتقدمة ، ولكن ذلك لا يحول دون اللجوء إلى المحكمة الوطنية المختصة بالطلب المتقدم ان كان قانونها يجيز لها ذلك . وإذا ما رفع الطلب في الميعاد المتقدم ، فيجب على الحكم المرجح دعوة محكمة التحكيم الأصلية إلى

الإنعقاد في خلال شهرين من تاريخ تقديم الطلب الأصلي لتفسير الحكم المعنى ، وإذا تعذر تكوين المحكمة المتقدمة ، فهنا يتعين إعادة تكوين هذه المحكمة وفقاً للمادة ١/١/٤ من الملحق المتقدم وذلك في الميعاد السابق بيانه . وعلى أى حال ، فإذا انعقدت المحكمة المختصة في الأجل المقرر ، فيجب عليها دعوة الخصوم للحضور أمامها حيث يقوم طالب التفسير ببيان العبارات الغامضة التي يريد تفسيرها ، كما يقوم خصمه ببيان وجهة نظره في هذا الصدد (١٨٢) . وعلى أثر ذلك تصدر المحكمة المتقدمة حكمها التفسيري ، وتذهب بعض النظم إلى التأثير بالتفسير على هامش الحكم الأصلي (١٨٣) ، ونرى إمكان الأخذ بهذا النظر في نطاق محكمة المؤسسة . ويحق للمحكمة المتقدمة أن تصدر حكمها التفسيري في وثيقة مستقلة أو إلحاقاً بالحكم الأصلي ، وعلى أى حال ، فالثابت أن الحكم المتقدم متمم للحكم الأصلي وجزء لا يتجزأ عنه (١٨٤) .

تصحيح الحكم :

وقياساً على الحالة المتقدمة ، نرى أنه يحق للخصوم اللجوء إلى المحكمة المتقدمة بطلب

تصحيح الأخطاء المادية التي عسي أن تكون قد لحقت بالحكم الصادر عنها (١٨٥) . وليس في ذلك إهدار لمبدأ استنفاد الولاية ، حيث يقتصر دور المحكمة هنا على تصحيح الأخطاء المتقدمة وذلك دون مساس بالحكم المعنى (١٨٦) . وبهذه المثابة لا يجوز للمحكمة المتقدمة - تحت ستار التصحيح - أن تغير منطق الحكم فيما يناقضه (١٨٧) ويحسن أن يكون طلب التصحيح في خلال ذلك الأجل الذي يجوز فيه طلب التفسير ألا وهو ثلاث أشهر من تاريخ صدور الد ، شريطة ألا يكون التنفيذ قد تم بعد ، حيث يعتبر ذلك رضاً عن الحكم بحالته ويمتنع على الخصم الرجوع إلى المحكمة بطلب تصحيح ، ما دام أن ذلك قد تم برضاه (١٨٨) ونرى أنه لا يجوز للمحكمة المتقدمة أن تقوم بتصحيح هذه الأخطاء إلا بعد تكليف الخصوم بالحضور أمامها ، حيث يقومون بإبداء وجهة نظرهم في هذا الصدد . وعلى أثر ذلك تقوم هذه المحكمة بتصحيح العبارات المغلوطة الواردة في الحكم . ويتم إلحاق التصحيح بالحكم الأصلي وبأخذ ذات قوته ، ويحسن أن يؤشر بذلك على الحكم الأصلي (١٨٩) .

طلب الفصل في الطلبات المغفلة :

فضلاً عما تقدم يحق لذات الخصوم اللجوء للمحكمة المتقدمة بطلب الفصل في بعض الطلبات التي أغفلتها (١٩٠) ، وليس في ذلك إهدار لمبدأ استنفاد المحكمة لولايتها ، حيث يتعلق الأمر بأمور لم تفصل فيها هذه المحكمة ومن ثم لم تستنفذ ولايتها بشأنها ، ولا يحق إعمال الحق المتقدم إلا إذا تعلق الأمر بإغفال كلي للطلب "حتى" (١٩١) ، وألا يوجد في الحكم ما يفيد رفض المحكمة المتقدمة لهذا الطلب صراحة كان ذلك أو ضمناً (١٩٢) . ويجوز استعمال هذا الحق في أى وقت ، فإذا كان للخصوم حق اللجوء للتحكيم في أى وقت لطلب تسوية منازعة ما ، فإن هذا الحق ممتد للحالة الماثلة ، والتي تغفل فيها المحكمة الفصل في بعض الطلبات . وعلى أى حال ، فيجب الفصل في الأمر بعد تكوين المحكمة وفقاً لذات الأوضاع التي قررتها م ٣/٤ من الملحق ، وبعد أن يتم إخطار الخصم الآخر ، حتى يتمكن من المثول أمامها وإبداء وجهة نظره في الأمر (١٩٣) . نخلص مما تقدم . إلى أنه يجوز للخصم اللجوء لذات المحكمة بطلب تفسير الحكم إعمالاً لأحكام

الملحق ، كما يحق له اللجوء إليها بطلب تصحيح الأخطاء المادية التي لحقت به ، وبطلب الفصل فيما أغفلت الفصل فيه ، كل ذلك بالشروط التي بينها أنفاً . كما انتهينا أن ذلك لا ينطوي على إهدار لمبدأ استنفاد المحكمة لولايتها . وإذا نفرغ من بحث الأثر السلبي للحكم ، نرى من الملائم أن نتعرض في هذا المقام لمسألة تتصل به اتصالاً وثيقاً وهي نهائية الحكم وعدم جواز الطعن فيه بأي طريق من طرق الطعن .

الطعن في الحكم :

نصت م ١/٤ ز من الملحق على أنه ويعتبر قرار المحكمة نهائياً وملزماً للأطراف ولا يجوز الطعن في قرار التحكيم أو طلب إعادة النظر (١٩٤) وعلى هذا الأساس ، لا يجوز للخصوم أن يرفعوا دعوى بطلب إبطال الحكم المتقدم ، أو أن يقوموا باستئنافه أو بطلب إعادة النظر فيه أمام القضاء الوطني .

لا صعوبة في الأمر إذا ما قام الخصوم بالإمتثال للحكم المتقدم وذلك عن طريق تنفيذ ما يملية عليهم في هذا الصدد . ولكن ما الحكم إذا لم يحترم أحد الخصوم أو كلاهما الحكم السابق حيث قام

بالطعن عليه أمام القضاء الوطني لإحدى الدول . إن الإجابة على هذا التساؤل تقتضي التفرقة بين فرضين : الفرض الأول ، وفيه يقوم المحكوم ضده ، بالطعن على الحكم المتقدم أمام محكمة وطنية لدولة متعاقدة ، ونعتبر فيها الاتفاقية جزء من قانونها الداخلي . هنا سوف تحكم هذه المحكمة بعدم جواز الطعن في الحكم المتقدم امتثالاً لأحكام الاتفاقية . الفرض الثاني ، وفيه يقوم المحكوم ضده بالطعن في الحكم السابق أمام محكمة تابعة لدولة غير متعاقدة . هنا سوف تتصدى هذه المحكمة للفصل في هذا الطعن إذا كان قانونها يجيز لها ذلك (١٩٥) . وعلى أساس ما تقدم . نصح لنا أن نعرض الاتفاقية (الملحق) والذي يمنع الطعن في الحكم التحكيمي لن يحول دون الطعن فيه . وإزاء ذلك ، فكان من الأوفق أن يجيز الملحق وعقود الضمان الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة التحكيم (١٩٦) ، لما ينطوي عليه ذلك من استجابة للأوضاع القانونية السائدة في النظم الداخلية ، فضلاً عما يؤدي إليه من تحقيق العدالة ، هذا إلى أن ذلك النظر يتفق مع العمل الدولي السائد في هذا الصدد . فمن ناحية أولى ، فحرمان الخصوم من الطعن في أحكام المؤسسة

مبنيًا بطريق إعادة النظر يجافي العدالة . فمن المتصور أن يصدر حكم محكمة التحكيم بناء على غش من أحد الخصوم أو بناء على سند ثبت تزويره فيما بعد . فمثل هذه الظروف تبرر إعطاء المحكوم عليه حق الطعن في هذا الحكم بالطريق السابق توصلًا لتصحيح هذا القضاء الخاطيء (١٩٧) . ومن ناحية ثانية فقد جرى العمل الدولي على تحويل المحكوم عليه حق الطعن في أحكام المحكمين وذلك عن طريق دعوى البطلان الأصلية وبطريق إعادة النظر ويمكن أن نجد هذا النظر في الاتفاقية المنشئة للمركز الدولي لتسوية منازعات الاستثمار (١٩٨) . وفي اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ أيضاً (م ٢٥) . وعلى هذا الأساس نرى وجوب تعديل أحكام الاتفاقية والملحق على النحو الذي يجوز معه الطعن في الأحكام الصادرة من محكمة التحكيم وذلك عن طريق إعادة النظر (١٩٩) ، في الأحوال الآتية (٢٠٠) :

إذا وقع من الخصوم غش كان من شأنه التأثير في الحكم (٢٠١) .

٢ - إذا حصل بعد الحكم إقرار بتزوير الأوراق التي بنى عليها أو قضى بتزويرها (٢٠٢) .

٣ - إذا كان الحكم قد بنى على شهادة شاهد قضى بعد صدوره بأنها مزورة .

٤ - إذا حصل الملتمس بعد صدور الحكم على أوراق قاطعة في الخصومة كان خصمه قد حال دون تقديمها (٢٠٣) ، (٢٠٤) .

ونرى إجازة رفع الطعن بالطريق السابق في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ العلم بتحقيق سبب الإلتماس ، على أن يكون قد مر على صدور الحكم مدة تزيد عن ثلاث سنوات ، وذلك حرصاً على استقرار أحكام محكمة التحكيم (٢٠٥) .

ومن الخير أيضاً إجازة الطعن في أحكام محكمة التحكيم بالبطلان (٢٠٦) ، امتثالاً للسائد في العمل الدولي وتحقيقاً للعدالة (٢٠٧) ، فمن المتصور أن يكون الحكم معيباً لمخالفته لأحكام الملحق والقانون الإجرائي الواجب التطبيق ، وبهذه المثابة يتعين تقرير حق

المحكوم عليه في الطعن فيه بالبطلان وذلك إذا توافرت أحد الأسباب الآتية :

١ - إذا كان تشكيل محكمة التحكيم مخالفاً للملحق أو القانون الإجرائي المختص (٢٠٨) .

٢ - إذا تجاوزت المحكمة حدود سلطتها (٢٠٩) .

٣ - إذا حكمت المحكمة بشيء لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه (٢١٠) .

٤ - إذا ما ثبت أن أحد أعضاء المحكمة كان متواطئاً مع الخصم الآخر (٢١١) .

٥ - إذا كان الحكم معيباً أو مبنياً على إجراء جوهري معيب (٢١٢) وفقاً للاتفاقية وملحقها والقانون الإجرائي المختص .

ونرى إجازة الطعن بالطريق المتقدم في خلال ثلاثة أشهر من تاريخ النطق بالحكم ، قياساً على

الحالة التي يلجأ فيها المحكوم له أو عليه بطلب إلى محكمة التحكيم لتفسيره . هذا ما لم يتعلق الأمر باكتشاف تواطؤ أحد أعضاء المحكمة مع خصم ، حيث يبدأ سريان الميعاد المتقدم من تاريخ اكتشاف ذلك ، شريطة ألا يكون قد فات على صدور الحكم مدة تزيد عن ثلاثة سنوات ، حرصاً على استقرار أحكام محكمة التحكيم (٢١٣) .

خلاصة :

بيننا فيما تقدم المراحل التي تمر بها خصومة التحكيم منذ اختيار المحكمين حتى الفصل فيها . كما بينا الأثر المترتب على صدور الحكم من محكمة التحكيم ألا وهو استنفادها لولايتها ، بحيث يمتنع على الخصوم الرجوع إليها إلا لطلب تفسير الحكم أو تصحيح أخطاءه المادية أو للفصل فيما أغفلت الفصل فيه من طلبات .

إن أول واجبات المحامي أن يتمسك بالأخلاق القويمة ، فالمحاماة علم وخلق ، ونجدة وشجاعة ، وثقافة وتفكير ، ودرس وتمحيص ، وبلاغة وتذكير ، ومثابرة وجلّد ، وثقة في النفس ، واستقلال في الحياة ، وأمانة واستقامة ، وإخلاص في الدفاع .

الأستاذ النقيب الأسبق
عبد الرحمن الرافعي

- ١ - حول الاسباب التي تؤدي لنشأة المنازعات بصدد العقود الدولية بوجه عام ، راجع :
Spofford, op. cit, p. 227
- ٢ - والحل المتقدم مأخوذ به في نطاق الجماعات الأوربية في حالات نظيرة راجع الى ذلك :
kloss, some..., op. cit, p. 183
- ٣ - والراجع ان المنازعات التي تنشأ بين المؤسسات الدولية والغير والتي تطرح على القضاء الوطني ، تخضع لقاعدة الاسناد المختصة في قانون القاضى . ومع ذلك فيمكن ان تخضع للمبادئ العامة للقانون . راجع في ذلك
salmon, op. cit, p. 138 - 139
- ٤ - راجع في تأكيد اهمية التفاوض كمسبيل لحل المنازعات الدولية قبل اللجوء الى التحكيم :
Feliciano, op. cit, p. 245; Lawenfeld (A), Diplomatic interventtion in- investment disputes, proceedings of Am. Soc. of I. L61 st onnual meet ing, 1967, April 27 - 29, 1967, p. 100; cohn Rulls. op. cit, p. 138
- المواد ٢٨ - ٣٥ من اتفاقية واشنطن ١٩٦٥ والخاصة بتسوية المنازعات بين الدول والمستثمرين الاجانب .
Starke. op. cit, p. 403; Shomkhi, op. cit, p. 113
- ومع ذلك يذهب البعض الى نقد هذه الوسيلة على اساس افتقادها للقوة الملزمة وللتنظيم الشكلى الذين يمكن ان يكفلا لها النجاح .
Tlewul (s.) Tsegah, A rbitration and the settlement of commercail disputes, I. C. L. Q. Vol. 24, july 1975, p. 393, note 2
- ٥ - راجع في المقصود بالمفاوضات بوجه عام : د . محمد طلعت الغنيمى الاحكام المرجع السابق ، ص ٩١٣ . على صادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠ .
- ٦ - راجع : د . على صادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠ .
- ٧ - د . على ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣٠ .
- ٨ - قارب : Broches, convention, op. cit, p. 341
- ٩ - لمزيد من التفاصيل حول التوفيق راجع :
د . محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ، ص ٧١٤ .
د . على صادق ابو هيف ، المرجع السابق ، ص ٧٣١ .
- Starke, op. cit, p. 405; shamkhi, op. cit, p 115
- والثابت ان التوفيق قد لعب دورا كبيرا في حسم المنازعات في غرفة التجارة الدولية راجع :
cohn, Rules, op. cit, p. 138
- ١٠ - د . محمد طلعت الغنيمى ، المرجع السابق ص ٩١٤ .
- ١١ - في هذا المعنى : د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .
- ١٢ - وبخصوص الخلاف الفقهي حول الطبيعة التعاقدية والقضائية والمختلطة للتحكيم راجع :
- saad (1.), La sentence arbitrale, these,, paris 1969, p. 32ss; Luz zatto,, op. cit, p. 21, 34, 51-52; sanders, op. cit, p. 234 Fouchard, op. cit, p. 10 - 11

وفي الفقه العربي راجع : د . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى اللبناني (أصول المحاكمات) ١٩٧٥ ، ص ١٠٣ - ١٠٦ ، د . ابو زيد رضوان ، الاسس العامة فى التحكيم التجارى الدولى ، ١٩٨١ ، ص ٢٣ - ٣٢ ، د . محمد عبد الخالق عمر ، النظام القضائى المدنى ، ج ١ ط ١٠ ، ١٩٧٦ ، ص ١٠٨ ، د . وجدى راغب ، النظرية العامة للعمل القضائى ، ١٩٧٤ ، ص ٣٨٥ . وجدير بالذكر ان هذا الخلاف قد ادى الى نشأة الكثير من المشاكل الامر الذى دفع الفقه الحديث الى اهمال الخلافات السابقة وعدم الاعتداد بها ، حيث توصل الى ان التحكيم الدولى قد اصبحت فى حدود معينة هو القضاء الخاص للتجارة الدولية ، راجع فى ذلك : د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٣٣ وما بعدها .

وقارب : Broches, convention..., op. cit, p. 351ss

١٣ - د . هشام صادق ، النظام ... المرجع السابق ، ص ٢٤٠ - ٢٤١ .

١٤ - د . هشام صادق ، الموضع السابق . وحول مزايا التحكيم الدولى ، راجع :

Lalive, op. cit, p. 996, 1002; Luzzatto, op. cit, p. 17- 18; Sohn. The fuction of international arbitration today, R.C.A.D.I, 1963. p. 9ss; Spofford, of. cit, f. 151ss; starke of. cit, p. 388

مع ذلك راجع حول مثالب التحكيم :

Sanders, op. cit. p. 217; Cohn op. cit, p. 132-3; kronfol, op. cit. p. 159; Lalive, p. 991

١٥ - د . هشام صادق ، المرجع السابق ، ص ٢٤١ .

١٦ - راجع على سبيل المثال : عقد ضمان مباشر - اكتوبر ١٩٧٦ سالف الذكر .

١٧ - تجدر الاشارة الى ان الاتفاق على التحكيم يرتب اثران : احدهما ايجابى ويتمثل فى حق اطرافه فى اللجوء الى محكمة التحكيم المختصة لتسوية النزاع القائم بينهما . اما الاثر الثانى فهو سلبى للتحكم راجع : استئناف مختلط ، ٢٣/١٢/١٤ ملحق مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٧ ، ع ٣ ، مارس ١٩٣٧ ، ص ٣٧ ؛ تمييز لبنانى ، ١٩٦٤/٩/٢٤ مجموعة جميل باز ، ج ١٢ ، ص ٨٥ .

ويلاحظ ان بعض التشريعات تذهب لاقتدار شرط التحكيم مطلقا بحيث يجب على المحكمة الوطنية المختصة ان تعمل دونما حاجة لتمسك احد الخصوم به . راجع : د . سامية راشد ، التحكيم فى العلاقات الدولية الخاصة ، الكتاب الأول ، اتفاق التحكيم ، القاهرة ١٩٨٤ ، ص ٤٤٠ ، د . عز الدين عبد الله تنازع القوانين فى مسائل التحكيم الدولى فى مواد القانون الخاص ، مصر المعاصرة ، ع ٣٧١ ، ص ٥٢ . وعلى العكس من ذلك ، تذهب تشريعات اخرى الى اعتباره تسبيب ، بحيث لا تستطيع المحكمة الوطنية المختصة اعماله الا اذا تمسك به صاحب المصلحة . راجع : استئناف مختلط ١٩١٨/٥/١ ، ١٩٢٥/١/٨ ، ١٩٢٨/١١/٢٧ ، ١٩٣٠/٤/٩ ، ٣٣/١٢/١٣ : محمد عبد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٤٥ هامش ٤ . وراجع ايضا : تمييز لبنانى ، قرار نهائى ، غرفة اولى ، رقم ١٩٧٤/٥١ شركة كور للانشاء والتعمير ، جميل باز ، خلاصة احكام ١٩٧٤ ، ص ٢٢ .

اما فى مصر ، فقد استقر الراى على ان اتفاق التحكيم نسبى ويجب التمسك به قبل الكلام فى الموضوع . نقص مدنى ١٩٦٦/٥/٢٤ ، المدونة ، قسم ١٩ ، ق ٨ و ١٥/٢/١٩٧٢ . المرجع السابق ، ق ١١ . وفى تأييد هذا النظر : د . فتحى والى الوسيط .. المرجع السابق ، ص ٩٧٤ . وتذهب بعض الاحكام الى وجوب التمسك به قبل اى دفع شكلى : القاهرة الابتدائية ١٩٥٣/٢/١٦ ، المرجع السابق ، الموضع السابق . مع ذلك قارن : د . احمد ابو الوفا ، عقد التحكيم واجراءاته ، ط ٢ ، ١٩٧٤ ، ص ١٣٨ ، د . محمد عبد

الخالق عمر ، النظام القضائي المدني ج ١ ، ١٩٧٦ ، ص ٩٩ ، حيث يران امكان التمسك به في اية حالة كانت عليها الدعوى حتى امام المحكمة الاستئنافية .

١٨ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ .

١٩ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٤ - ٨٥ .

٢٠ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٦ - ٨٧ .

٢١ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٨٩ . وراجع الحكم الصادر من محكمة النقض الفرنسية في ١٩٦٣/٥/٧ في قضية goaset . المرجع السابق ص ٩٢ - ٩٤ ، والأحكام العديدة المشار اليها ص ٩٤ ، كذا حكم محكمة النقض الفرنسية في قضايا Impex والصادر في ١٩٧١/٥/١٨ ، والحكم الصادر في ١٩٧٢/٧/٤ في قضية Hecht المرجع السابق ، ص ٩٥ .

٢٢ - د . عز الدين عبد الله ، تنازع ... المقال السابق ، ص ٢٤ .

٢٣ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٢ .

٢٤ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٣ .

٢٥ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٤ .

٢٦ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٥ .

٢٧ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

٢٨ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

٢٩ - وهذا الحل اخذت به اتفاقية نيويورك ١٩٥٨ . راجع : د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ،

ص ٣٦ د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٣٣٢ .

٣٠ - راجع :

Abdallah (E.), La convention de la ligue arab sur l'exécution des jugements . Etudes comparative du droit conventionnel compare avec le droit interne . R.C.A.D.I., Vol. 138, 1973. 1, p. 578 elles prévoient toutes que la capacité d'exercice est soumise à la loi nationale en tant que loi personnelle .

٣١ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٤ - ٣٥ .

٣٢ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

٣٣ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

٣٤ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

٣٥ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ . حيث يشير الى «فوشار» .

٣٦ - راجع : د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٩ .

٣٧ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

٣٨ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٦ .

٣٩ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٧ .

- ٤٠ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٤٧ .
- ٤١ - معروضا في د . صلاح المقدم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٢ - ٤٣٣ .
- ٤٢ - معروضا في د . صلاح المقدم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٣ .
- ٤٣ - معروضا في د . صلاح المقدم ، المرجع السابق ، ص ٤٣٤ .
- ٤٤ - راجع : د . سامية راشد المرجع السابق ، ص ٤٢٩ .
- ٤٥ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ص ٤٢٩ . وراجع ايضا في نظر مقارب :- محكمة بروتكل ، ١٩٠٠/١١/٢٧ ، مشار اليها جميعا في : د . احمد ابو الوفا ، عقد المرجع السابق ، ص ٣٦ - ٣٧ .
- ٤٦ - راجع الحكم الصادر من محكمة الاستئناف الفيدرالية ، جلسة ١٩٧٤/٧/٨ ، مشار اليه في د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٤ .
- ٤٧ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٤ .
- ٤٨ - د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٣١ .
- وقرب : محكمة مصر الابتدائية ، جلسة ١٩٣٠/٣/٩ ، مشار اليه في محمد الرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٤٥ .
- ٤٩ - وراجع ايضا : د . سامية راشد ، المرجع السابق ص ٤٢٧ .
- ٥٠ - ويذهب البعض لاختصاص المسألة المتقدمة لقانون القاضى المطروح عليه الامر على اساس ان التفسير يدخل في مهمته ويجب ان يتم وفقا لنظامه القانونى .
- د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٢٨ حيث تعرض لهذا الرأى .
- ٥١ - وتجدر الاشارة الى ان للقضاء فى الدول العربية قد توافر على ان مناط اختصاص القضاء المستعجل هو توافر شرطى الاستعجال وعدم المساس باصل الحق . راجع على سبيل المثال : محكمة التعقيب التونسية ، جلسة ١٩٧٦/٣/٩ ، النشرة ١٩٧٦ ، ج ١ ، ص ١٠٠ ، ١٩٨٢/١/٥ ، المرجع السابق ، ١٩٨٢ ، ج ١ ، ص ٤٣ ، المجلس الاعلى المغربى ، جلسة ١٩٧٠/٥/٢٧ ، القرار رقم ٢٤٨ ، الغرفة المدنية ، مجلة القضاء والقانون ، ص ١٢ ، ع ١١٨ ، ص ٤٤٢ ، المحكمة الاتحادية العليا بدولة الامارات ، جلسة ١٩٧٦/٧/١ ص ٤ ، ع ١٥ ، يوليو ١٩٧٧ ، ص ٧٩ ، محكمة التمييز اللبنانية ، جلسة ٢٤ آذار ، ١٩٧٠ ، غرفة مدينة اولى ، الهيئة الثانية ، القضاء والتشريع ، ص ١٣ ، ع ٦ ، يوليو ١٩٧١ ، ص ١٠٠ .
- ٥٢ - تذهب بعض الاحكام العربية الى ان القاضى المستعجل يفحص ظاهر الاوراق دون الموضوع :- راجع حكم استعجالى تونس ، جلسة ١٩٧١/٢/٢٥ برقم ٥٠٣٦٦٢ ، صادر من رئيس المحكمة الابتدائية فى تونس ، مجلة القضاء والتشريع ، ص ١٣ ، ع ٥ ، مايو ١٩٧١ ، ص ٦٢ . كما قضى بان تقدير الاستعجال متروك لقاضى الموضوع : قرار تعقيبى تونس ، جلسة ٨١/٦/٩ رقم ٦١٠٨ ، النشرة ، ١٩٨١ ، ج ٢ ، ص ١٤٥ . ويمكن الاسترشاد بالمبادئ السابقة حال انعقاد الاختصاص بحكم المسائل المتقدمة للقانون التونسى .
- ٥٣ - توافرت احكام للنقض المضربة على ان الاحكام المستعجلة ليس لها اية حجية امام قاضى الموضوع . راجع على سبيل المثال :
- نقض مدنى ١٩٦٧/٢/٢٣ ، ١٩٧٠/٢/٤ ، ١٩٧٢/١٢/١٢ ، ١٩٧٣/٣/١٤ ، ١٩٧٧/١٢/٢٤ مشار اليها جميعا فى الموسوعة للذهبية ج ٨ ، القواعد ٨٩٠ - ٨٩٤ . وتذهب بعض الاحكام الى ان حجية الاحكام

المستعجلة مؤقتة : محكمة مصر الابتدائية ، مستعجل ، جلسة ١٩٣٨/٧/١١ الجدول ، ق ٩٤ ، ص ١٩ مرافعات .

٥٤ - راجع في عرض بعض أحكام القضاء الأمريكي :

د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٥ . وراجع أيضا : نقض موري ، ١٩٧٣/١٢/٢٦ ، مجلة القانون ، ص ٢٥ ، ع ١ - ٤ ، ١٩٧٤ ، ص ١٩٧ ، استئناف مختلط مصر ١٩٠٨/١/١٨ ، مشار اليه في : محمد عبد الرحيم عنبر ، ج ٩ ، ص ٤٥ هامش ٣ ، محكمة الاستئناف المختلطة ١٩٣٣/١١/٢٩ ، ملحق مجلة القانون والاقتصاد ، ص ٧ ، ع ٣ ، مارس ١/٣٧ ، ص ٢٣ ، ١٩٣٦/٤/٢٢ ، محكمة ملوى الجزئية ١٩٣٢/٧/٢٥ ، مشار لهما في الجدول العشري ، المرافعات ، رقم ١٣١٨ ، ١٣٠٤ .

وفي الفقه راجع : shamkhi, op. cit, p. 119

د . سامية راشد ، المرجع السابق ، ص ٤٥٩ ، د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٩٨٢ ، د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٥٢ ، ١٤٢ .

٥٥ - Coing (H.), substantial law and procedural law in arbitra tion, Law & state, Vol. 7, 23

٥٦ - cheshire, op, cit, p. 685; W olff, op. cit, p. 230; salmond op. cit, p. 443. no 172 .

٥٧ - راجع في ذلك Wolff, op. cit, p. 231

٥٨ - راجع في ذلك Dicey & Morris,, Op. Cit, p. 1090

٥٩ - راجع : Coing, Op. Cit, p. 23, 29

وفي الفقه المصري : د . محمد كمال فهمي ، المرجع السابق ، ص ٦٥٨ ، د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٠٦ ، د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٧٩٦ .

٦٠ - راجع : د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٥ .

قرب : szaszy, International..., Op. Cit, p. 605; coh'n, Op. Cit p 150

٦١ - راجع : د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٧ .

szasy, International..., Op. Cit, p. 603; Dicey & Morris, Op. Cit p. 1047; Mann, English...,

Op. p. 695; Luzzatto; Op. Cit, p. 56, Coing, Op. Cit. p. 17

د . عز الدين عبد الله ، تتلزع... المقال السابق ، ص ٥٧ .

Eek, conflict..., Op. Cit, p. 609 .

قارب :

حيث يذهب لخضوع الاجراءات لقانون القاضي ، وقد راينا من قبل ان القانون السائد في دولة الاستماع هو قانون القاضي في هذا الغرض ، راجع ما قبله ، وقد اخذ القضاء المختلط بالقاعدة المتقدمة ، راجع على سبيل المثال :

Cour d'appel mixte,q nov. 1891, Bull. triene

table decennale 1918 - 1928, no 612, p. 55

٦٢ - د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٨ .

Mann, English..., op. cit, p 695 .

٦٣ - د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ص ٩٨ - ٩٩ .

- 64 - راجع : coing, op. cit, p. 23
- 65 - د . ابو زيد رضوان ، المرجع السابق ، ١٠١ ، ١٠٣ ، د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٢٨ .
- cong, op. cit, p. 17; szazy, International..., op. cit, p. 605
- 66 - راجع في عرض هذا الرأي :
- coing, op. cit, p. 17, 22; Qmar (M.A)
The concept and practice of socialist arbitration, L'Egypt Con- temporaine, juillet 1968, no 333, p. 74 .
- Luzzatto, op. cit, p. 58 I 59
- Coing, Op. cit, p. 25, note 19
- 67 - راجع :
- 68 - د . عز الدين عبد الله ، تنازع ...، المقال السابق ، ص ٢٨ .
- Goldstajn, Op. cit, p. 196
- Monn, English; Op. cit, p. 695
- Szazy, L'exequatur..., Op. cit, P. 161
- Omar, Op. cit, p. 74
- يذهب البعض الى انه اذا اختارت هذه المحكمة قانونا اجرائيا ساريا في دولة احد الخصوم فان ذلك يحمل شبهة الانحياز لهذا الخصم حيث سيتمكن من الافادة منه اكثر من الآخر . أما إذا أختارت قانونا غريبا عنهما ، فهذا مدعاة للمشقة ، حيث سيصعب عليهما وعلى المحكمة الوقوف عليه وإدراكه ، نظرا لصعوبة وتعميد الانظمة الاجرائية .
- Coing; Op. cit, p. 20
- راجع :
- 71 - راجع على سبيل المثال :
- م ٧٤ / ٢ من عقد ضمان مساهمة في رأس مال شركة .
- 72 - قارب :
- Sfofford, Op. cit, p. 228
- 73 - يقترب هذا النص من ذلك المنصوص عليه في عقد ضمان مساهمة في رأس مال شركة (م ٧٢) . ومع ذلك فهناك اوجه خلاف بينهما من حيث المواعيد . والثابت ان العمل الدولي قد جرى على ان تبدأ خصومة التحكيم عن طريق تقديم الراغب في التحكيم الى سكرتارية مركز التحكيم المختص بطلب البدء في اجراءات التحكيم ، ويرفق بهذا الطلب عريضة يبين فيها طلباته وتشفع بمستنداته . وبعد ذلك ، يكون على السكرتارية اخطار الطرف الآخر بصورة العريضة والمستندات في ميعاد معين للرد عليها .
- Cohn, Rules..., Op. cit, p. 145
- Broches, convention..., Op. cit, p. 365
- Sasxy (I.), L'exequatur des guments et sentences, Droit Hongois Op. Cit, p. 160 - 161 .
- د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ص ١٥٦ ، د . محمد يوسف علوان ، الهيئة القضائية لمنظمة الأقطار العربية المصدرة للبترول ، الأوابك ، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية ، ١٩٧٨ ، ص ١٨٩

وكان من الاوفق ان يتبع الملحق والعقود المختلفة الطريق السابق ، حيث من شأنه ان يمكن السكرتارية من استبعاد الطلبات غير الصحيحة .

٧٤ - والثابت ان العمل الدولي قد جرى على تشكيل محكمة التحكيم من ثلاثة محكمين . فمن شأن هذا التشكيل ان يجعل الحكم معبرا عن ارادة المتنازعين ومن شأنه ايضا ان يجعل هذه المحكمة محلا لتقاضيهم .
راجع : Cohn, Op. cit., p. 139

٧٥ - وهذا ما جرى عليه العمل الدولي . راجع :

'Szaszy, L'exequatur, OP. Cit, P. 160: Starke

OP. Cit, P. 385-6; szaszy, International'...

OP. Cit, P. 605.

د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ .

٧٦ - وقد جرى العمل الدولي على إعطاء سلطة تشكيل محكمة التحكيم في حالة فشل الأطراف أو المحكمين في ذلك لجهة عليا كرئيس محكمة العدل الدولية أو رئيس غرفة التجارة الدولية أو من كان على شاكلتهما راجع في ذلك :

'... Kojanac., Recent..., OP. Cit, P. 202 ss; szaszy, L'exequatur

OP. Cit, P. 16C; cohn; Rules..., OP. Cit, P. 142-143.

د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

ويذهب البعض إلى تقرير حق الخصوم في اللجوء إلى القضاء الوطني بالطلب السابق .

راجع : szaszy, International.... OP. Cit, P. 605

٧٧ - راجع أيضاً : م . ٦ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٧٣ من عقد ضمان استثمار مباشر (يونيو ١٩٧٩) .

ويلاحظ أن الفقرة الثالثة من النص السابق هي تردّد لما جاء في المادة ١/٤ ج من الملحق .

Starke, OP. Cit, P. 387

ويرى أن المحكم يكون في غالب الأحوال متمتعاً بجنسية الخصم الذي اختاره .

٧٨ - وقد أخذت غرفة التجارة الدولية بذات الحكم ، راجع :

Goldstajan, permanent...., OP. Cit, P. 196.

٧٩ - ويتضح لنا من هذا النص أن عدد المحكمين يجب أن يكون وتراً وهذا الحكم سائد في العديد من النظم الوطنية والدولية .

راجع في ذلك : Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605.

Szaszy, L'exequatur..., OP. Cit, P. 160.

د . محمد عبدالخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ١٠٠ ، د . أحمد أبو الوفا عقد ... ، المرجع السابق ، ص ١٨٢ ، د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٦ . وراجع أيضاً : م ٣/٥٠٢ من اتفاقات مصري ،

٢٥٧ مرافعات عراقى رقم ١٩٦٩/٨٣ ، ٢٥٦ مرافعات كويتى رقم ١٩٦٠/٦ . عكس ذلك م ٣/٤٧ إجراءات مدنية جزائرى . مشار إليها فى : محمد عبدالرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٥١ . Szaszy, OP. Cit, P. 605.

حيث يشير إلى أن بعض الدول تستلزم أن يكون عدد المحكمين زوجياً .

٨٠ - تذهب بعض النظم القانونية إلى أن المرأة لا يمكن أن تكون معكماً :

Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605. راجع :

٨١ - تذهب بعض النظم القانونية إلى وجود تمتع المحكم بثقافة قانونية سيما إذا كان حسم النزاع يتم وفقاً لقواعد القانون .

Zamora(n.), L'execution des sentences راجع :

arbitrales, rapports de Congres de dr. Compère', 1960, P. 353.

'.... Starke, OP. Cit, 385; Szaszy, International OP. Cit. P. 605

د . عبدالواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٥ .

د . محمد عبدالخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، ١٠٣ .

٨٢ - تذهب بعض النظم إلى أن المحكم يجب ألا يكون من رجال السلك القضائى .

Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605: راجع :

٨٣ - تنص المادة ١/٥٠٢ مرافعات مصرى على أنه : لا يجوز أن يكون المحكم قاصراً أو مدجوراً عليه أو محروماً من حقوقه المدنية بسبب عقوبة جنائية أو مفلساً ما لم يرد اعتباره . فى نفس المعنى : م ٢٥٥ مرافعات عراقى .

راجع : محمد عبدالرحيم عنبر ، المرجع السابق ، ج ٩ ، ص ٥١ هامش ٣٤ د . فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٩٧٦ - ٩٧٧ .

Szaszy, International..., OP. Cit, P. 605.

د . محمد عبدالخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٩٨ ، ١٠٣ .

والثابت أن حكم م ١/٥٠٢ قد تم الأخذ به فى قانون المرافعات الكويتى .

راجع فى ذلك : د . فتحى والى ، قانون القضاء المدنى الكويتى ، ١٩٧٧ ، ص ٤٤٨ - ٤٤٩ . لمزيد من التفاصيل حول الشروط الواجب توافرها فى المحكم فى الدول العربية ، راجع : م ٢٣٤ مرافعات بحرينى (رقم ١٩٧١/١٢) ، م ٢٥٩ من مجلة الإجراءات المدنية والتجارية التونسية (رقم ١٩٥٩/١٣٠) ، ٥٠٨ من قانون أصول المحاكمات السورية رقم ١٩٥٣/٨٤ ، م ٧٤١ مرافعات ليبى ، م ٣٢٣ قانون الإجراءات الصومالى رقم ١٩٧٤/١٩ . وهذه المواد تقترب كثيراً من حكم القانون المصرى إن لم تطابقه .

٨٤ - تذهب بعض التشريعات العربية إلى تقرير حق الخصوم فى رد المحكم .

راجع : م ٤٤٨ قانون الإجراءات المدنية الجزائرى رقم ٦٦ - ١٥٤ - ١٩٦٦ ، م ٥١٥ قانون أصول المحاكمات السورية ، ٧٤٩ مرافعات ليبى ، ٢٦١ مرافعات عراقى . كذا المادة ٣/٥٠٣ مرافعات مصرى

شواهد

حيث تبين جميعاً شروط الرد وأسبابه . لمزيد من التفاصيل راجع : د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٩٧٨ ، د . أحمد أبو الوفا ، المرجع السابق ، ص ١٧٠ - ١٧١ ، محكمة استئناف مصر ، ١٩٣١/١٢/٢٢ ، ١٩٣٥/٣/٢٥ ، الجدول ، ق ١٧٣٦ - ١٧٣٤ ، نقض منى ، ١٩٧٦/١٢/١٦ ، الموسوعة ، ج ٨ ، ق ١٣٩٣ .

٨٥ - وهذا النص يعتبر تقنياً للعمل الدولي ، راجع :

Cohn OP. Cit, P. 148; Kojanec OP. Cit, P. 203, 204.

في نقد هذا الاتجاه : د . أحمد أبو الوفا ، عقد ، المرجع السابق ، ص ١١٠ .

٨٦ - قارب : Goldstajn, OP. Cit, P. 189-190

٨٧ - م ٨/١/٤ من الملحق ، م ٢/٦٢ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٢/٧٤ من عقد ضمان استثمار مباشر (يونيو ١٩٧٩) .

٨٨ - راجع في ذلك : Cojn, Rules..., OP. Cit, P. 147; Broches, OP Cit, P. 366; Szaszy, International..., OP. Cit, P. 604; Cour d'appel de Paris, 22 Jan. 1957.

الحكم الأخير مشار إليه في د . أبو الوفا ، عقد ... ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨ هامش ١ . د . عز الدين عبدالله ، تنازع ... ، المقال السابق ، ص ٥٦ - ٥٧ . مع ذلك قارن أحكام معاكسة أشار إليها د . أبو الوفا المرجع السابق ص ٣٥ . والثابت أن جميعها قديم .

٨٩ - د . عز الدين عبدالله ، تنازع ... ، مقاله السابق ، ص ٥٩ .

٩٠ - راجع : Cohn, OP. Cit, P. 148; Szaszy, International..., OP. Cit, P. 604.

٩١ - قارن : عبدالمعز نجم ، المرجع السابق ، ص ٥٣ - ٥٤ .

٩٢ - راجع : م ٣/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٧٤ من عقد ضمان استثمار مباشر ، سالف الذكر .

حول طرق الإثبات وإجراءاته في نطاق الجماعات الأوربية راجع :

Wall, OP. Cit, P. 61, 232ss

٩٣ - وقد استقر الأمر على التزام الخصوم بتقديم الأدلة المدعمة لادعاءاتهم مع حق المحكمة في طلبها منهم دون إلزام لها بذلك .

راجع : Wall, OP. Cit, P. 61, 232ss

وقرب : محكمة استئناف الرباط ، جلسة ١٩٧٥/١٠/٣ - ١٨٦١ - مجلة القضاء والقانون ، يونيو ١٩٧٨ ، ص ١٧ ، ع ١٢٨ ، ص ٢٤٠ ، محكمة التعقيب التونسية ، ج ٢ ، ١٩٨١ ، قرار رقم ٣٧٧٤ النشورية ص ٢٣٢ ، نقض مصري ، ١٩٧٢/٣/٢١ ، ١٩٦٧/٣/٨ ، الموسوعة ج ٦ ، القواعد أرقام ٨٠٦ ، ٣٢٠ .

٩٤ - راجع : Cohn, OP. Cit, P. 158;

٩٥ - د . عز الدين عبدالله ، تنازع ، مقاله السابق ، ص ٦٠ .

٩٦ - راجع م ١/٤ ز من الملحق ، م ٧/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية ، م ٧٤ ، ١/٤ من عقد ضمان استثمار مباشر سالف الذكر . والحكم المتقنم مأخوذ به في الأوبك : د . محمد يوسف علوان ، المرجع السابق ، ص ٩٣ . والثابت أن كفالة حقوق الدفاع تقرره معظم النظم القانونية راجع على سبيل المثال :

Brown, General..., OP..Cit, P. 185-186

Coing, OP. Cit, O. 18; Cohn, OP. Cit, P. 159, 161

وفي القضاء العربي راجع : المجلس الأعلى المغربي ، غرفة أولى ، جلسة ١٧/٤/١٩٦١ - ٤٦٦٠ - مجلة القضاء والقانون ، يناير - مارس ٦٢ ، ع ٤٥ - ٤٧ ، ص ٢٨١ ، تمييز أربني ، ١٩٧٥/٣/١٠ ، ع ٧٥/٩ ، نقض سورى ، ١٩٧٥/٢/٩ ، م أولى ٨٩٤ ، مجلة القانون ، ١٩٧٥ ، ص ٢٦ ، ع ٣٠٤ ، ص ١٦٦ ، محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٨١/١٠/٣٠ ، القرار رقم ٣٣٣٦ ، ١٩٨١/١٠/٣٠ القرار رقم ٣٣٩٧ ، ١٩٨١/١٠/٣٠ ، القرار رقم ٤١٨٢ ، ١٩٨١/١١/٢ ، القرار رقم ٤٣٣٠ . منشورة جميعاً في النشرة ، ١٩٨١ ، ج ٤ ، ص ٢٩ ، ٣٣ ، ٣٧ ، ٥٠ على التوالي .

٩٧ - تتم جلسات الاستماع في التحكيم الذي تجريه غرفة التجارة الدولية في سرية .

Cohn, OP. Cit, P. 160;

Wall, OP. Cit, P. 61, 202

أما جلسات محكمة الجماعات الأوروبية فهي علنية . يلاحظ أن جلسات الاستماع في التحكيم الذي يتم في الدول الاشتراكية تتم في علنية بحسب الأصل ، مالم يطلب الخصم غير ذلك .

راجع : Goldstajn, op. Cit, P. 192.

والثابت أن جلسات محكمة الأوبك علنية . راجع : د . محمد يوسف علوان المقال السابق ، ص ١٩٣ .

٩٨ - يجوز للمحكمن وفقاً للقانون المصري نذب كاتب جلسة .

راجع : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٢٩ .

٩٩ - جرى العمل في نطاق محكمة الجماعات الأوروبية على تحرير محاضر لما يتم في جلساته .

راجع : Wall , OP . Cit., P . 203

١٠٠ - في الجماعات الأوروبية يجب ان يمثل الخصم محامى نقابى من احدى الدول الاعضاء أو استاذ قانون اذا كان قانون دولته يجيز له ذلك .

راجع : Stein, OP. P. 415: OP . Cit, P. 211

اما الحضور امام محكمة منظمة الأوبك فيتم من جانب محامين نقابيين في دولة عضو . راجع : د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩١ .

١٠١ - حول حقوق واجبات المحامين في نطاق محكمة الجماعات الأوروبية .

راجع : Wall, OP . P . 206

٢ - في هذا المعنى :

د . عز الدين عبدالله ، تنازع ... المقال السابق ، ص ٥٩ .

١٠٣ - يذهب البعض الى ان تنازل الخصوم عن خصومتهم امام محكمة التحكيم ملزم لها ومن شأنه وقف ولايتها .
Szaszy, L'exequatur..., OP. cit, P. 161

١٠٤ - يذهب البعض الى جواز قيام احد اعضاء الهيئة بمباشرة اجراءات التحقيق ، كما يحق للمحكمة ان تندب لذلك لجنة فنية بحيث تعهد اليها بمباشرة هذه المهمة واعداد تقرير عن الامر ، كذا يحق لها أن تطلب ذلك من المحكمة الوطنية القريبة منها . Szaszy, L'exequatur..., OP. cit, P. 161

١٠٥ - راجع في ذلك د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٢٠٣ ، ص ٦٦ د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ ، ٢٢٩ .

Cheshire's OP. Cit , O. 592

Wolff, OP. Cit, P. 236

عكس ذلك : حيث يخضعها لقانون القاضى .

١٠٦ - د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٠ .

١٠٧ - راجع : د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٠ .

Cheshire's OP. Cot, P. 693 ;Dicey, OP. Cit, P. 1100

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٢ .

١٠٨ - د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٣ .

١٠٩ - د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٣٥ .

Wolff, OP. Cit, P. 237.

١١٠ - ويلاحظ ان الفقه العصرى يخضع هذه المسألة للقانون الذى يحكم الشكل وهو عندهم القانون المحلى فى أغلب الاحوال ، مع امكان تطبيق قانون القاضى اذا كان ايسر من القانون المتقدم . راجع : د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٢ ، د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٨٠٤ ، د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦١ .

Dicey, OP. Cit, P. 1098

قارن :

١١١ - فى عرض هذا رأى وثأبيده بوجه عام :

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٣ ، هامش و٣ .

١١٢ - د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٣ ، ومشار اليه ايضا فى :

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٤٩ .

١١٣ - راجع فى ذلك :

د . عز الدين عبد الله ، المرجع السابق ، ص ٨١١ - ٨١٢ .

د . محمد كمال فهمى ، المرجع السابق ، ص ٦٦٣ .

د . عكاشة عبد العال ، المرجع السابق ، ص ٢٥٠ مابعدهما .

وفى الفقه الاجنبى :

Cheshire's OP. Cit. P. 690 ;Dicey, OP. cit, P. 1099

١١٤ - فى نفس المعنى :

م ٥/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة اجنبية ، م ٥/٧٤ من عقد ضمان استثمار مباشر ، سالف الذكر .

١١٥ - د . عز الدين عبد الله ، المقال السابق ، ص ٥٩ .

فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية يجب ان تتم المداولة سرا .

Wall, OP. Cit, P. 201, 253

راجع :

١١٦ - وقد تواترت التشريعات المختلفة على وجوب اصدار حكم المحكمين فى ميعاد معين . راجع :

د . احمد أبو الوفا ، عقد ...، المرجع السابق ، ص - ١١١ - ١١٢ .

المجلس التحكيمى الاعلى (سوريا) ، ١٩٧٧/٥/٨ - مجلة القانون ، س ٢٨ ، ١٩٧٧ ، ص ٣٩٥ .

وفى نطاق المركز الدولى لتسوية المنازعات ، يجب ان يصدر الحكم فى خلال ٩٠ يوما من انتهاء

الاجراءات . راجع : د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ص ١٥٧ .

١١٧ - بخصوص حكم هذه المسائل فى القانون المصرى راجع :

د . فتحى والى ، الوسيط ، المرجع السابق ، ص ٩٨٤ .

ونقض مدنى مصرى ١٩٧٠/٣/٥ و ١٩٧٣/٢/٢٤ ، المدونة ، قسم ١٩ ، ١٠ ، ١٥ على التوالى .

١١٨ - وهذا الحكم مأخوذ به فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية . راجع :

Wall, OP. Cit, P. 202, 253

حول ذات المبدأ راجع :

Starke, OP. Cit, P. 386

١١٩ - بخصوص وجوب تسبيب احكام المحكمين راجع بوجه عام :

Saad, la Sentence ..., OP. Cit, P. 133 et seq

Szaszy, l'exequatur ..., OP. Cit, P. 606

Szaszy, International ..., OP. Cit, P. 606

ومع ذلك تذهب بعض النظم الى امكان عدم تسبيب احكام المحكمين . راجع فى ذلك :

Szaszy, International ..., Op. Cit, P. 606

١٢٠ - د . احمد ابو الوفا تسبيب الاحكام ، مجلة الحقوق ، س ٧ ، ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ، ع ١ ، ٢ ،

ص ٣ - ٥ ، قرار تعقيبى تونسى ، ١٩٥٩/٥/٢٠ ، رقم ٩٨٣٩ ، القضاء والتشريع ، س ٢ ، ع ٦ ، يونيو

١٩٦٠ ، ص ٤٩ ، نقض مدنى مصرى ١٩٣١/١١/١٩ ، ١٩٣٥/١٠/٣١ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ص

٣٩٢ - ٣٩٣ ، ١٩٦٦/٢/٩ ، المرجع السابق ، ص ٤٠٤ . Wall, OP. Cit, P. 256 - 257 .

١٢١ - د . احمد ابو الوفا ، المقال السابق ، ص ٣ .

١٢٢ - د . احمد أبو الوفا ، المقال السابق ، ص ٣ .

قرار تعقيبى تونسى ، ١٩٥٩/٥/٢٠ سالف البيان . Wall, Loc. Cit

١٢٣ - د . احمد ابو الوفا ، المقال السابق ، ص ٤ .

والثابت ان القضاء يتشدد كثيرا فى استلزام قيام الاحكام على اسباب جدية ومقتنه . راجع : المجلس

الاعلى المغربى ، الفرقة الاجتماعية ، ١٩٧٢/٥/٢٣ ، مجلة القضاء والقانون س ١٣ ، ديسمبر ١٩٧٣ ،

ع ١٢٤ ، ص ١٧٣ ، محكمة الاستئناف العليا الكويتية ، دائرة التمييز ، ١٩٧٤/٦/٢ ، ١٩٧٤/١٩ ، سالفه

الإشارة إليه . قرار تعقيبي تونسسي ، ١٩٨١/٥/١٤ ، التشريعية ، ١٩٨١ ، ج ٢ ، ص ١٨ .
١٢٤ - تجدر الإشارة الى ان الاشارات السابقة تتعلق باحكام قضائية ولكننا نرى امكان تعديلها لاحكام
المحكمين اقتناعا بان الخلاف بينهما يكمن في الدرجة وليس النوع .

١٢٥ - راجع بوجه عام :

- د . محمد عبد الخالق عمر ، النظام ...، المرجع السابق ، ص ٦٢ ومابعدها .
- د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩٤ .
- د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٧ .

Wall, OP. Vit, P. 202

١٢٦ - د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

١٢٧ - د . عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ٦٤ .

١٢٨ - د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق .

١٢٩ - د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق .

١٣٠ - وهذا الحكم مأخوذ به في مصر ايضا . راجع :

د . محمد عبد الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

أما في نطاق محكمة الجماعات الأوربية ، فيجب التوقيع عليه من رئيس المحكمة وسكرتير الجلسة فقط .

Wall, OP. Cit, P. 256

وعلى خلاف ذلك ، فالثابت ان جميع القضاء يجب أن يوقعوا على الحكم والا كان باطلا راجع في ذلك :

محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٦٥/١/١٠ ، النشرة ، ١٩٧٦ ، ج ١ ، ص ٧ .

المجلس الاعلى الجزائري ، ١٩٦٧/١٠/٢٥ ، نشرة القضاء - ٥ نوفمبر ، ديسمبر ١٩٦٩ ، ص ٢٣ ،

تميز اردني ، ١٩٧٥/٨/٦ - ١٩٧٥/٣/٩ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ع ٣ - ٦ ، ١٩٧٦ ، ص ٨٨٩ .

المحكمة العليا الليبية ، ١٩٧٠/٥/١٢ ، طعن ١٧/٢٣ ق - المجموعة ، المرجع السابق ، ص ٦ ، ٤٤ ،

يوليو ١٩٧٠ ، ص ٢٤٦ .

١٣١ - يذهب د . احمد ابو الوفا الى انه سيكون سببا لرفض عادة هو عدم تمثلي الممتنع مع وجهة

نظر باقي المحكمين . راجع عقد التحكيم ...، المرجع السابق ، ص ٢٧٢ .

١٣٢ - د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٨١ .

١٣٣ - وفقا للقانون المصري يجب ان يشتمل الحكم على بيان المكان الذي صدر فيه راجع : د . احمد

ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٨ ، د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٩٨٦ ، د . محمد عبد

الخالق عمر ، المرجع السابق ، ص ١٠٥ . Saad, OP. Cit, P. 161 .

وقد توافرت احكام محكمة النقض المصرية على وجوب اشتمال الحكم القضائي على المكان الذي صدر

فيه أو مايفيد ذلك بذكر المحكمة التي اصدرته .

راجع : ١٩٥٦/٤/٢٦ ، ١٩٧٤/٥/٩ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ص ٣٩٥ ، ٤١١ .

شواهد

١٣٤ - وفقا للقانون المصري يجب ان يشتمل الحكم على بيان تاريخ صدوره . راجع د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، الموضوع السابق ، د . فتحى والى ، المرجع السابق ، الموضوع السابق .
Saad, Loc. Cit

ولهذا البيان اهمية خاصة فى حالتنا الماثلة ، حيث يبدأ من تاريخ اصدار الحكم سريان الميعاد الذى يتم تفسيره فيه .

١٣٥ - لا يلزم ذكر هذه البيانات فى حكم المحكمين وفقا للقانون المصرى . راجع : د . احمد ابو الوفا ، الموضوع السابق ، د . فتحى والى ، الموضوع السابق . وعلى العكس من ذلك فالثابت وجوب ذكر اسماء الخصوم وصفاتهم فى الاحكام القضائية . راجع : نقض مصرى ، ١٩٥٣/١٢/٣١ ، ١٩٥٤/٦/١٠ ، ١٩٥٧/٦/٢٠ ، ١٩٦٢/١/٤ ، ١٩٦٤/١١/١١ راجع فى ذلك ، الموسوعة الذهبية ، ج ٥ ، ص ٣٩٣ وما بعدها . ونفس الحكم مأخوذ به فى نطاق محكمة الجماعات الاوربية ، راجع :

Wall, OP. Cit, P. 256- 257

١٣٦ - لا يتطلب القانون المصرى ذكر اسماء المحكمين فى الحكم ، على اساس ان ذلك البيان يمكن الوقوف عليه من مراجعة وثيقة التحكيم والتي ترفق به .

١٣٧ - يجب ان تصدر احكام المحكمين فى مصر باسم السلطة العليا اى «باسم الامة او الشعب» . راجع : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ .

١٣٨ - الثابت ان احكام محكمة الجماعات الاوربية تصدر علنا .

راجع : Wall, Op. cit, p. 258

١٣٩ - يجب ان يصدر حكم المحكمين فى مصر باللغة العربية راجع : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٧٢ - ٢٨٣ .

١٤٠ - ويذهب البعض الى أن خلو حكم المحكم من الاسباب موجب للبطلان والذى يتعلق بالنظام العام . راجع فى عرض هذا الرأى : د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٨٠ . توافرت احكام القضاء على ان خلو الحكم من الاسباب موجب للبطلان راجع : المحكمة الادارية العليا المصرية ، ١٩٥٥/١٢/١٠ ، المدونة ، قسم ٢٣ ق ١٩ .

١٤١ - والثابت ان اشتمال الاحكام القضائية على وقائع محرفة امر يوجب نقض الحكم راجع : محكمة التعقيب التونسية ، ٨٠/١ ، القرار رقم ٧٠٧ ، ١٩٨١/١١/٣٠ ، القرار رقم ٥٢١٢ . النشوية ، ١٩٨١ ، ج ٤ ، ص ١٨١ ، ١٨٣ ، المحكمة العليا الليبية ، ١٩٧٠/٣/٢٤ ، ص ٩٩ ، طعن رقم ١٦١٩ ، مجلة المحكمة العليا ، ٦ .

١٤٢ - والثابت ان تناقض اسباب الحكم القضائى أمر موجب للنقض راجع : محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٨٠/٣/٢٥ ، القرار رقم ٤٥٧٢ ، النشوية ، ١٩٨٠ ، ج ١ ، ص ٧٦ ، ٩٣ على التوالي ، تمييز لبنانى ، ١٩٦٤/١/٢٢ ، جميل الباز ملخص احكام ١٩٦٣/١٩٦٧ ، ص ١٢ .

١٤٣ - وقد توافرت احكام القضاء على ان تناقض الاسباب مع المنطوق موجب للنقض راجع : المجلس الاعلى المغربى ، والاولى ، ١٩٦٤/٣/١١ ، مجلة القضاء والقانون ، ٧ ، يناير - مارس ١٩٦٤ ، ص ٢٨٧ .

محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٧٩/١١/٢٢ ، القرار رقم ٤٠٩٩ ، النشرة ١٩٧٩ ، ج ٢ ، ١٠٧ .
١٤٤ - وقد حكم بأن التناقض في منطوق الحكم القضائي موجب للنقض راجع : تمييز لبناني ،
١٩٦٧/٢/١٥ ، ١٩٦٧/٦/٦ ، جميل الباز ، ملخص أحكام ١٩٦٣/١٩٦٧ ، ص ١٢ ، ١٣ .
١٤٥ - وقد قضى بأن التزيد في الاسباب لا يؤثر على سلامة الحكم القضائي مادام على اسباب سليمة
راجع : تمييز لبناني ، ١٩٦٣/١٠/١٧ ، ١٩٦٥/٣/٥ ، ١٩٦٧/١/٢٥ ، ١٩٦٧/١٢/٥ - جميل الباز ،
الملخص السابق ، ص ١٢ .

١٤٦ - وقد حكم بأن عدم الرد على اوجه الدفاع الجوهرية يوجب نقض الحكم القضائي . راجع :
المحكمة العليا اللبنانية ، ١٩٧٠/٤/٢١ ، المجموعة السابقة ، س ٦ ، ٤ يوليو ١٩٧٠ ، ص ٢٢٦ ، محكمة
التعقيب التونسية ، ١٩٧٦/٢/٢٧ القرار رقم ٩٩٢٣ ، النشرة ١٩٧٦ ، ج ١ ، ص ٩١ ، وقارب :
المجلس الاعلى الجزائري ، غرفة مدنية ، ١٩٦٧/٥/٢٤ ، ٦٧/١٠/١٨ ، نشرة القضاة مايو - يونيو
١٩٦٩ ، ص ١٧ - ١٨ .

١٤٧ - وقد قضى بأن الحكم باكثر مما طلبة الخصوم موجب للنقض راجع : المجلس الاعلى الجزائري ،
١٩٦٨/٧/٣ ، غرفة القانون الخاص ، نشرة القضاة ، ع ٥ . نوفمبر - ديسمبر ١٩٦٩ ، ص ٥٥ .
١٤٨ - يذهب البعض لتقرير بطلان حكم المحكمين الذي لا يستوفي بياناته :

Sanders, OP. Cit, P. 279

وقضى ببطلان الحكم القضائي حال خلوه من أحد البيانات الجوهرية راجع : المحكمة الادارية العليا
المصرية ١٩٥٨/٥/١٠ المدونة - قسم ١/٢٣ ، ق ٢٢ .

١٤٩ - حول امكان تكملة الحكم بالرجوع للبيانات الواردة في اوراق الدعوى في نطاق محدد راجع :
المجلس الاعلى المغربى ١٩٧٠/٦/١٨ - القضاء والقانون ، س ١٢ ، ع ١١٨ ، ص ٤٤٨ ،
١٩٦٩/١٢/٣ ، المرجع السابق ، ع ١١٤ ، ص ١٩٦ - ١٩٧ ، ١٩٦٠/١٠/٢٤ ، المرجع السابق .
س ٤ ع ٣٥ - ٣٦ يناير فبراير ١٩٦١ ، ص ٢٥٠ .

١٥٠ - جرى العمل في نطاق محكمة الجماعات الاوربية على وجوب ايداع مسودة الحكم الاصلية في
المحكمة مع حق الخصوم في اخذ صور رسمية منه راجع : Wall, OP. Cit, P. 258 .

١٥١ - م ١/٤ ز من الملحق .

١٥٢ - قارن :

Cohn, OP. Cit, P. 163

حيث يقرر انه في نطاق غرفة التجارة الدولية لا يتم تسليم صورة الحكم للخصوم فور صدوره من محكمة
التحكيم وانما بعد اعتماد الغرفة له ، حيث يحق للاخيرة احداث بعض التعديلات فيه على النحو الذى يكون
معه صالحا للتنفيذ . وفي نفس المعنى :

Goldstajn, Permanent .., OP. Cit, P. 195 - 6

١٥٣ - وذات النص اورنته بعض عقود الضمان راجع على سبيل المثال : م ٧٦ من عقد ضمان استثمار
مباشر سالف الذكر ، م ٦٣ من عقد ضمان قرص بعملة اجنبية .

١٥٤ - راجع : تمييز لبناني ، ١٩٦٥/١٠/٧ - جميل الباز ، ١٩٦٣/١٩٦٧ ، المرجع السابق ص

٨٦، د. احمد ابو الوفا، المرجع السابق ص ٢٣٣. قارن محكمة الموسيقى الجزئية ١٩٣٠/٢/١ الجدول، قسم المرافقات، ق ٢٢. د. محمد عبد الخالق عمر، المرجع السابق، ص ١٠٤.

١٥٥ - وقد اقتبسنا هذا الحكم من احكام القضاء علما بانها تتعلق باتعاب المحامي وذلك نظرا للتقارب بين مهمة نظيره المحكم راجع : محكمة الاستئناف المختلطة : ١٩٣١/١٢/١٧ ، ١٩٣٤/٣/٢٠ ، الجدول العشري، ق ٤٠ ، ٤٥ على التوالي، محكمة النقض المصرية : ١٩٦٣/١/٢٤ ، ١٩٦٦/٥/١٢ ، ١٩٦٨/٦/٢٠ ، ١٩٧٧/٢/٢٣ ، الموسوعة الذهبية ، ج ٨ ، القواعد ارقام ١٥٧٩ ، ١٥٨١ ، ١٥٨٧ ، ١٦٠٠ على التوالي .

١٥٦ - وقد اقتبسنا ذلك من احكام القضاء المتعلقة بطريقة تقدير اتعاب الخبراء راجع : محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٣١/٣/٥ ، ١٩٣١/٧/١٨ ، الجدول العشري ، القسم الثاني مرافعات ، ق ١٤٩٦ ، القسم الاولى ، مدني ، ق ٢٧ على التوالي ، محكمة النقض المصرية ١٩٤٤/٢/٢٤ ، ١٩٤٩/٢/١٠ ، الموسوعة الذهبية ، ج ١ ، ق ١٧٢٣ ، ١٧٣٤ على التوالي .

١٥٧ - وهذا الحكم يختلف عما جرى عليه العمل الدولي والداخلي ، حيث يتحمل من خسر الدعوى كافة مصروفاتها او بحسب القدر الذي خسره .

راجع في ذلك :

Wall, OP. Cit, P. 261; Cohn, OP. Cit, P. 149, 164

محكمة استئناف مصر ، ١٩٣٤/٢/١٤ ، الجدول ، المرجع السابق ، قسم ثان ، ق ١٤٨٩ ، محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٧٠/٣/١٧ ، قرار رقم ٧٠٤٧ ، القضاء والتشريع ، س ١٢ ، ع ٨٤ ، أكتوبر ١٩٧٠ ، ص ١٠٤ .

١٥٨ - د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

وترجع فكرة استنفاد القاضى لولايته الى القانون الرومانى وهذا المبدأ معترف به فى القانون الفرنسى (م ٤٨١ مرافعات) وفى القانون المصرى ١٩١ ، ١٩٢ مرافعات راجع : د. محمود هاشم ، مفهوم استنفاد ولاية القاضى المدنى المحاماة ، س ٦١ ، ع ٣ - ٤ ، مارس - ابريل ١٩٨١ ، ص ٣٨ . حول اعمال هذا المبدأ بالنسبة لاحكام المحكمين راجع :

Saad, OP. Cit, P. 169 et seq, P. 171 :

Comme pour le juge, les fonction de l'arbitre cessent avec le prononcé de la sentence .

١٥٩ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

١٦٠ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

١٦١ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٣٨ .

١٦٢ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٤٠ .

١٦٣ - د. محمود هاشم ، الموضوع السابق .

١٦٤ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، الجزء الثانى ، المحاماة س ٦١ ، مايو - يونيو ١٩٨١ :

Saad Op. Cit, P. 172

ع ٥ - ٦ ، ص ٧٥ ومابعدها .

Ne gouvant qu'en faveur des sentence définitives

- ١٦٥ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٧٦ .
- ١٦٦ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٧٧ .
- ١٦٧ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨١ .
- ١٦٨ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨١ .
- ١٦٩ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨١ .
- ١٧٠ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٢ .
- ١٧١ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٣ .
- ١٧٢ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٤ .
- ١٧٣ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٤ - ٨٥ .
- ١٧٤ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٥ ، والمراجع المشار إليها في هامش ٢٠ .
- ١٧٥ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٥ .
- ١٧٦ - قارب : د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٦ .
- ١٧٧ - د. محمود هاشم ، المقال السابق ، ص ٨٧ .
- ١٧٨ - في هذا المعنى :
Saad, OP. Cit., P. 176 - 177
- د. احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .
- مع ذلك قارن :
Paris, 11 mars 1965
- مشار إليه في د. ابراهيم سعد ، المرجع السابق . ص ١٧٧ .
- ومحكمة النقض الفرنسية ، ١٩٠٢/١٢/١٠ ، مشار إليه في د. ابو الوفا المرجع السابق ، ص ٢٩١ هامش ٤ .
- حيث انتهت المحكمتان المتقدمتان الى وجوب امتناع المحكم عن تفسير ما صدر عنه من احكام ، حيث ان هذا الامر تخلص به المحاكم العادية . وقد توافر العمل الدولي على تقرير حق الجهة مصدرة الحكم في تفسيره راجع : د. محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩٥ .
- Stein, OP. Cit P. 416; Szaszy, International ..., Op. Cit, p. 607 Broches, Convention ..., Op. Cit, p. 397.
- ١٧٩ - تمييز لبناني ١٩٦٥/٢/١٧ ، ١٩٦٥/٤/٢ ، مشار لهما في مجموعة جميل باز ، ملخص احكام ١٩٦٢/١٩٦٧ ، ص ١٤ . وفي معنى مقارب راجع :
- محكمة مصر الكلية ، ١٩٣٥/١٢/١٢ ، محكمة النقض المصرية ، ١٩٥٤/١٢/٢٣ ، ١٩٦٥/١٢/٢٨ ، ١٩٧٢/٤/١٩ ، راجع : الجدول العشري ، المرجع السابق ، ص ٢٧٧ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ق ١٤٩٣ ، ١٤٩٤ ، ١٥٠٢ على التوالي .
- ١٨٠ - راجع : محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٢٣/١/١٩ ، محكمة مصر الكلية ، ١٩٣٥/١٢/١٢ ، الجدول ، القواعد ١٣٤١ ، ١٣٤٥ .
- ١٨١ - وهذا المبدأ افرد القضاء في الدول العربية . راجع على سبيل المثال المحكمة الابتدائية بالمهدية (تونس) ، ١٩٦٢/١٢/٢٤ ، القضاء والتشريع ، ص ٥ ع ٧ يوليو ١٩٦٣ ، ص ٨٥ ، ومحكمة النقض السورية ، ١٩٨٠/٥/١٠ . مجلة القانون ، ص ٣١ ، ع ١ - ٤ ، ١٩٨٠ ، ص ١٠٨ ، نقض مصري ، ١٩٥٤/١٢/٢٣ ، المدونة قسم ٢٣ ، ق ٥ ، ١٩٦٥/١٢/٢٨ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ق ١٤٩٥ ، المحكمة

الادارية العليا المصرية ٥/١١/٥٠ ، ٤/١/١٩٥٨ ، ٢١/١/١٩٦١ ، ١٩/٤/١٩٦٤ مشار إليها جميعا في المدونة ، المرجع السابق ، ص ١٠ .

١٨٢ - راجع في الاخذ بحكم مماثل في نطاق محكمة الجماعات الاوروبية :

Wall, Op. Cit, p. 291

١٨٣ - راجع هذا النظام والذي تأخذ به محكمة الجماعات الاوروبية .

١٨٤ - محكمة التعقيب التونسية ، ٢٤/١٢/١٩٦٨ ، القرار رقم ٥٧٧ ، النشرة ، ١٩٦٨ ، ٢٧٣ .

١٨٥ - وهذا الحكم مقرر في نطاق المركز الدولي لتسوية المنازعات . راجع د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .

وحول حق محكمة التحكيم في تصحيح الأخطاء المادية والحسابية راجع :

د . احمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ .

وبخصوص حق المحكمة في تصحيح ذات الأخطاء السابقة راجع : تمييز لبناني ، ٢٢/٦/١٩٦٧ - ١٠ : باز مجموعة - ٦٣ / ١٩٦٧ ، ١٣ ، محكمة التمييز العراقية ، ١٨/٩/١٩٨٧٣ النشرة القضائية ص ٤ ، ع ٤ ، ١٩٧٢ ، ص ٢٧٣ ، التعقيب التونسية ، ٢٦/١١/١٩٥٩ ، القرار رقم ١٠٦٧٦ ، القضاء والتشريع ، ص ٢ ، ع ٢ ، فبراير ١٩٦٠ ، ص ١٥ ، ٧/٢/١٩٧٤ ، القرار رقم ٨٩٢٤ ، النشرة ، ١٩٧٤ ، ج ١ ، ص ٢٧ ، ١٦/٦/١٩٧٧ ، المرجع السابق ، ١٩٧٧ ، ج ٢ ، ص ٣٥ ، محكمة التمييز الاردنية ، ١٩/٥/١٩٧٤ ، رقم ٧٤/١٣٦ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ٢٢ ، ع ٩ - ١٠ ص ١٧٦ . فالحق في التصحيح امر توافر عليه القضاء في الدول العربية وهذا يؤيد اقتراحنا المبين في المتن .

١٨٦ - تمييز لبناني ، ٢١/١/١٩٦٣ ، جميل الباز ، ١٩٦٣/١٩٦٣ ، ص ١٣ ، محكمة التمييز الاردنية ، ١٤/٢/١٩٧٧ ، رقم ٧٦/٤١٦ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ص ٢٥ ، ع ٣ - ٤ ، ص ٥٠٠ .

١٨٧ - نقض مبنى مصرى ، ٢٧/١١/١٩٥٢ ، الموسوعة ، ج ٥ ، ق ١٤٧٠ ، نقض مبنى مصرى ، ٣/٣/١٩٦٥ ، المرجع السابق ، ق ١٤٧٤ . قارب : محكمة الاستئناف المختلطة ، ٩/٤/١٩٣٥ ، الجدول العشرى قسم المرافعات ، ق ١٣٤٦ .

١٨٨ - محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٣/٢/١٩٣٦ ، الجدول العشرى ، قسم المرافعات ، ق ١٣٤٩ .

١٨٩ - راجع في الأخذ باحكام مماثلة في نطاق محكم الجماعات الاوروبية

Wall, Op. cit, p. 259

١٩٠ - وهذا الحكم مأخوذ به في نطاق المركز الدولي لتسوية المنازعات .

راجع د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨

Saad, Op, cit, p. 175

وفي عرض هذا النظر بشروط معينة :

د . أحمد ابو الوفا ، المرجع السابق ، ص ٢٩١ ، ولكن بشروط معينة . مع ذلك قارن :

Saad, Op, cit, p. 176

١٩١ - راجع في عرض هذا النظر :

Saad, Op, cit, p. 175

د . احمد ابو الوفا ، الموضع السابق .

De meme, Si l'arbitre a omis complètement de se prononcer sur l'un des ... chefs de la demande

١٩٢ - قارن : محكمة العدل العليا الاردنية ، ١٩٧٥/١١/١٠ ، رقم ٥٩ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين الاردنية ، ع ١ - ٢ ، يناير - فبراير ١٩٧٦ ، ص ١٢٢ .

١٩٣ - في الإخذ بحكم مقارب في نطاق محكمة الجماعات الأوربية .

Wall, OP. cit, p. 260

١٩٤ - وهذا النص أمر أوردته عقود الضمان المختلفة ، راجع على سبيل المثال : م ٧٤ / ٦ من عقد ضمان استثمار مباشر ، سالف الذكر ، م ٦/٦١ من عقد ضمان قرض بعملة أجنبية .

١٩٥ - وتجدد الإشارة الى ان قوانين المرافعات في الدول العربية تجيز الطعن على احكام المحكمين : راجع على سبيل المثال : م ٥١١ مرافعات مصري والتي تجيز الطعن عليها بالتماس اعادة النظر ، م ٥١٢ التي تجيز رفع دعوى بطلب ابطالها ، م ١٣ من قانون التحكيم الاردني رقم ١٨/١٩٥٣ والتي تجيز رفع دعوى بطلب ابطال حكم المحكم ، م ٢٤٣ من قانون المرافعات المدنية والتجارية لدولة البحرين رقم ١٢/١٩٧١ والتي تجيز رفع دعوى لطلب ابطال حكم المحكم ، م ١٥٦ من قانون الاجراءات المدنية التونسية رقم ١٣٠/١٥٩ والتي تجيز الطعن على حكم المحكم بالتماس اعادة النظر ، م ٢٨١ من ذات القانون والتي تجيز رفع دعوى ابطال حكم المحكم ، م ٤٥٦ من قانون الاجراءات الجزائية رقم ٦٦ - ١٥٤ - ١٩٦٦ والتي تجيز الطعن على هذا الحكم بالتماس اعادة النظر ، م ٥٣٢ من قانون أصول المحاكمات السوري رقم ٨٤ - ١٩٥٣ والتي تجيز الطعن عليه بالاستئناف ، م ٥٣٣ من ذات القانون المتقدم والتي تجيز الطعن عليه بالتماس اعادة النظر ، م ٨٣٩ من قانون أصول المحاكمات اللبناني رقم ٧٢ - ١٩٣٤ التي تجيز الطعن عليه بالتماس اعادة النظر ، م ٨٤٠ من ذات القانون والتي تجيز رفع دعوى بطلب ابطاله ، م ٧٦٨ من قانون المرافعات الليبي الصادر عام ١٩٥٤ والتي تجيز الطعن عليه بالتماس اعادة النظر . م ٧٦٩ من ذات القانون والتي تجيز رفع دعوى بطلب ابطاله ، م ٣٣٢ من قانون الاجراءات المدنية الصومالي رقم ١٩/١٩٧٤ تجيز الطعن عليه بالاستئناف . م ٢٦٤ من قانون المرافعات الكويتي رقم ٦ / ١٩٦٠ تجيز الطعن عليه بالاستئناف . راجع عرض هذه الاحكام في موسوعة التشريعات العربية ج ٣ ، ٤ ، ٥ ، ٦ .

١٩٦ - لمزيد من التفاصيل حول طرق الطعن في احكام المحكمين ، راجع :

Borel (E.), Les voies de recours contre les sentences arbitrales R.C.A.D.I. (1953, vol. 52), p. 5 et seq

١٩٧ - حول أساس فكرة التماس اعادة النظر راجع : د . فتحي والي ، المرجع السابق ، ص ٨٢٣ .

١٩٨ - راجع في ذلك Broches, convention..., op. cit, p. 398

د . عبد الواحد الفار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، د . محمد يوسف علوان المقال السابق ، ص ١٩٥ .

١٩٩ - الثابت ان التشريعات العربية تختلف في تحديد اسباب الطعن في احكام المحكمين ، ولكن معظمها يجيز الطعن عليها باعادة النظر . راجع ما قبله . وراجع في الاخذ به القانون التونسي : محكمة التعقيب التونسية ٧٦/١٢/٩ ، القرار رقم ٦٩٠ ، مجلة القضاء والتشريع ، م ١٩ ، ابريل ١٩٧٧ ، ص ٥٦ ، ١٩٨١/٦/٢٢ ، قرار رقم ٣٠٦٠ ، النشرة ، القسم المدني ، ج ٢ ، ١٩٨١ ، ص ٢٢٦ وحول الدعوة لاستئناف احكام المحكمين ، راجع : Omâr, p. 78

٢٠٠ - والاسباب التي سنذكرها في المتن مأخوذة من التشريعات العربية ، راجع في ذلك : ٢٤١ مرافعات مصري ، ١٥٦ تونسي ، ٢٤١ سوري ، ٥٣٧ لبناني ، ٣٢٨ ليبي ، ١٩٤ جزائري ، ١٩٦ عراقي . كذا من احكام القضاء في الدول العربية . راجع على سبيل المثال :

المحكمة العليا لدولة الامارات العربية ، ١٩٧٦/١٢/١٥ ، الدعوى رقم ٤/١ ق عليا ، مجلة العدالة ، س ٤ ، ع ١٥ ، يوليو ١٩٧٧ ، ص ٧٩ . راجع أيضا الهوامش التالية .

والهدف من الاعتماد على المصدرين السابقين في هذا الصدد هو تحقيق التناسق بين القانون الموضوعي والقانون الاجرائي المطبقان على الخصومة فاذا كان موضوع الخصومة تتم تسويته وفقا للمبادئ القانونية المشتركة بين الدول المتعاقدة ، فيجب ان يتم نفس الشيء بالنسبة لاجراءات الخصومة ما امكن ذلك .

٢٠١ - وقد اخذ القضاء في الدول العربية بهذا السبب في العديد من الاحكام ، راجع على سبيل المثال ، محكمة التمييز الأردنية ، ١٩٧٥/٧/٢ ، رقم ٢٨٧ / ٧٥ ، مجلة نقابة المحامين الأردنية ، ١٩٧٦ ، ع ٣ - ٦ ، ص ٨٣٨ . محكمة النقض السورية ، ١٩٧٠/٤/١٤ ، مجلة القانون ، س ٢١ ، ع ٥ ، ص ٤٨٧ ، ١٩٧٦/١٠/٢ ، المرجع السابق ، س ٢٧ ، ع ٧ - ١٠ - ١٩٧٦ ص ٥٨٨ ، محكمة التمييز العراقية ، ١٩٧٧/٢/٢٦ ، رقم ٣٠٠ ، هيئة عامة أولى ، العدالة ، س ٣ ، ع ٢ ، ١٩٧٧ ، ص ٢٧٧ ، حكم ناحية (تونس) ١٩٦٠/١٢/٢٦ ، رقم ٢٢١٠ ، القضاء والتشريع ، ١٩٦١ ، ع ٧ ، ص ٧٦ : محكمة النقض المصرية ١٩٣٩/١٠/١٩ ، ١٩٤٧/١٢/١١ ، ١٩٥٢/٤/١٧ ، ١٩٦٦/٢/٢٤ ، ١٩٦٦/١١/٣٠ ، ١٩٧٠/٢/٢٤ ، ١٩٧٧/٢/٢١ ، الموسوعة ج ٣ ، ص ٣٩٣ ، ٣٩٥ ، ٣٩٩ ، ٤٠٣ ، ٤٠٧ ، محكمة استئناف مصر ، ١٩٣٠/٥/٥ ، ١٩٣١/٥/٢١ ، ١٩٣١/١٢/١٤ ، ١٩٣٤/٥/٢٧ ، ١٩٣٨/٢/٢٠ ، ١٩٣٨/١٢/٢٥ ، محكمة الاستئناف المختلطة ١٩٣٤/٢/٨ ، ١٩٣٨/٤/٢٦ ، الجدول العشري ، المرجع السابق ، القواعد : ١٢١٢ ، ١٢١٥ ، ١٢١٦ ، ١٢١٩ ، ١٢٢٤ ، ١٢٢٦ ، ١٢٢٧ ، ١٢٢٠ ، ١٢٢٣ ، على التوالي .

٢٠٢ - وقد اخذ الفقهاء بهذا السبب في العديد من احكامه . راجع على سبيل المثال محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٣٣/١/١٩ ، الجدول ، قسم ثان ، ق ١٢٢٨ . محكمة النقض المصرية ١٩٥٤/١٢/٢ ، حكمان ، الموسوعة ، ج ٣ ، ص ٣٩٧ .

٢٠٣ - راجع في الاخذ بهذا السبب للطعن بالالتماس : محكمة الاستئناف المختلطة ، ١٩٣١/٦/٢٣ ، كوم حمادة الجزئية ، ١٩٣٠/١٠/٢١ ، الجدول ، قسم ثان ، ق ١٢٣٠ ، ١٢٢٩ ، نقض منى مصرى ١٩٥٢/٤/١٧ ، الموسوعة ، ج ٣ ، ص ٣٩٥ ، محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٦٠/٧/١٢ ، قرار رقم ٢٠٦٦ ، القضاء والتشريع ، ١٩٦٠ ، ع ٨ ، ص ٥٧ ، ١٩٧٤/٢/٢١ ، النشرة ، ١٩٧٤ ، ج ١ ، ص ٤٦ ، نقض سورى ، ١٩٦٧/١٢/١٣ ، مجلة القانون ، س ١٩ ، ص ٥٥ .

٢٠٤ - ويلاحظ ان بعض النظم الدولية قد اوردت الالتماس كطريق طعن في الاحكام ولكن دون بيان اسبابه تفصيلا . راجع على سبيل المثال م ٣٦ من النظام الاساسى لمحكمة الاوابك حيث تنص على انه أ - لايجوز طلب اعادة النظر في الحكم الا اذا ظهرت واقعة ، ذات تأثير حاسم لم تكن قبل صدور الحكم في هذه الواقعة ناشئا عن اهمال طالب اعادة النظر ، معروضة في : د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩٥ . وفي عرض صياغات مقارنة راجع :

Broches, Op. cit, p. 397 - 398

ولكننا اثارنا ذات المنهج الذى يتبعه التشريعات العربية في هذا الصدد .

٢٠٥ - وقد اقيمنا هذا الحكم من اتفاقية المركز الدولى لتسوية المنازعات الاستثمارية راجع في عرضه :

Broches, Op. cit, p. 397 I 8

روايش

- د . عبد الواحد القار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ .
 ويلاحظ ان النظام الاساسى لمحكمة «الاوابك» يجيز للطعن فى احكامها بالالتماس فى خلال مدة ٨ سنوات من تاريخ اصدار الحكم المتمس فيه .
 راجع : د . محمد يوسف علوان ، المقال السابق ، ص ١٩٥ .
 بينما يقرر النظام الاساسى لمحكمة الجماعات الاوربية جواز الطعن بالطريق السابق فى خلال ١٠ سنوات من صدور الحكم .
 راجع : Stein, Op. cit, p. 416
 ٢٠٦ - جرى العمل الداخلى والدولى فى كثير من الاحيان على عدم جواز الطعن فى احكام المحكمين بالاستئناف . راجع ايضا : Cohn, op. 165
 Szasy, L'exequatur..., Op. cit, p. 161
 مع ذلك قارن :
 محكمة التعقيب التونسية ، ١٩٧٥/١١/١١ ، قرار رقم ١٠١١٨ ، القضاء والتشريع س ١٨٠ ، ع ١ ، يناير ١٩٧٦ ، ص ٦٩ .
 ٢٠٧ - جرى العمل الدولى على اجازة الطعن فى احكام المحكمين بدعوى البطلان الاصلية . راجع : Broches, Op. cit, p. 398
 Szasy, L'exequatur..., Op. cit, p. 161
 د . عبد الواحد القار ، المرجع السابق ، ص ١٥٨ ، فضلا عن ذلك ، فقد توافرت التشريعات على اجازة الطعن فى احكام المحكمين بالطريق السابق ، راجع ما قبله .
 ٢٠٨ - قارب : Broches, OP. cit, p. 398
 علما بانه يتحدث عن شروط ابطال الحكم الصادر من المركز الدولى لتسوية منازعات الاستثمار .
 ٢٠٩ - Broches, Op. cit, p. 398
 ٢١٠ - وهذا السبب توافر القضاء على الأخذ به كموجب للالتماس فى الاحكام القضائية ، راجع : محكمة الاستئناف للمختلطة ١٩٠٥/١/٢٥ ، ١٩٠٨/٤/١ ، ١٩٢٢/٣/١٥ ، ١٩٣١/١١/١ ، الجدول العشرى ، قسم ثان ، ق ١٢٣٢ . ولكن الثابت أن هذا السبب موجب للبطلان اذا ما تعلق الامر بحكم محكم راجع : د . فتحي والى ، المرجع السابق ، ص ٩٨٩ . ومع ذلك تذهب بعض النظم لاعتباره سبب للنقض . راجع : محكمة التعقيب التونسية ، النشرة ، ١٩٨٠ ، ج ١ ، ص ١٤ .
 ٢١١ - Broches, Op. cit, p. 398
 ٢١٢ - قارب م ٤/٥١٢ مرافعات مصرى . وتشمل هذه الحالة الفرض الذى تكون فيه اجزاء المنطوق متناقضة بعضها مع البعض الآخر . وقد تواتر القضاء على الاخذ بها كسبب للالتماس فى احكام التجكيم ، ومع ذلك ترى انها سبب من اسباب بطلانه ، لأنه مناط الالتماس هو ثبوت واقعة خافية بعد صدور الحكم ، والثابت ان تناقض اجزاء المنطوق امر يمكن الوقوف عليه عند اصدار الحكم . ومن امثلة القضاء العنوه عنه انقا راجع : استئناف مختلط ١٩٣٤/٥/١ ، بنى سوييف الكلية الاهلية ١٩٣٤/١٠/٢٩ ، محكمة استئناف مصر ١٩٣٦/٦/٢٢ ، شيبين الكوم الكلية الاهلية ١٩٣٩/٥/٢٠ ، الجدول القواعد ارقام : ١٢٣٩ ، ١٢٤٠ ، ١٢٤١ ، ١٢٤٢ .
 ٢١٣ - فى الاخذ بنظر مقارب راجع : Broches, Op. cit, p. 398

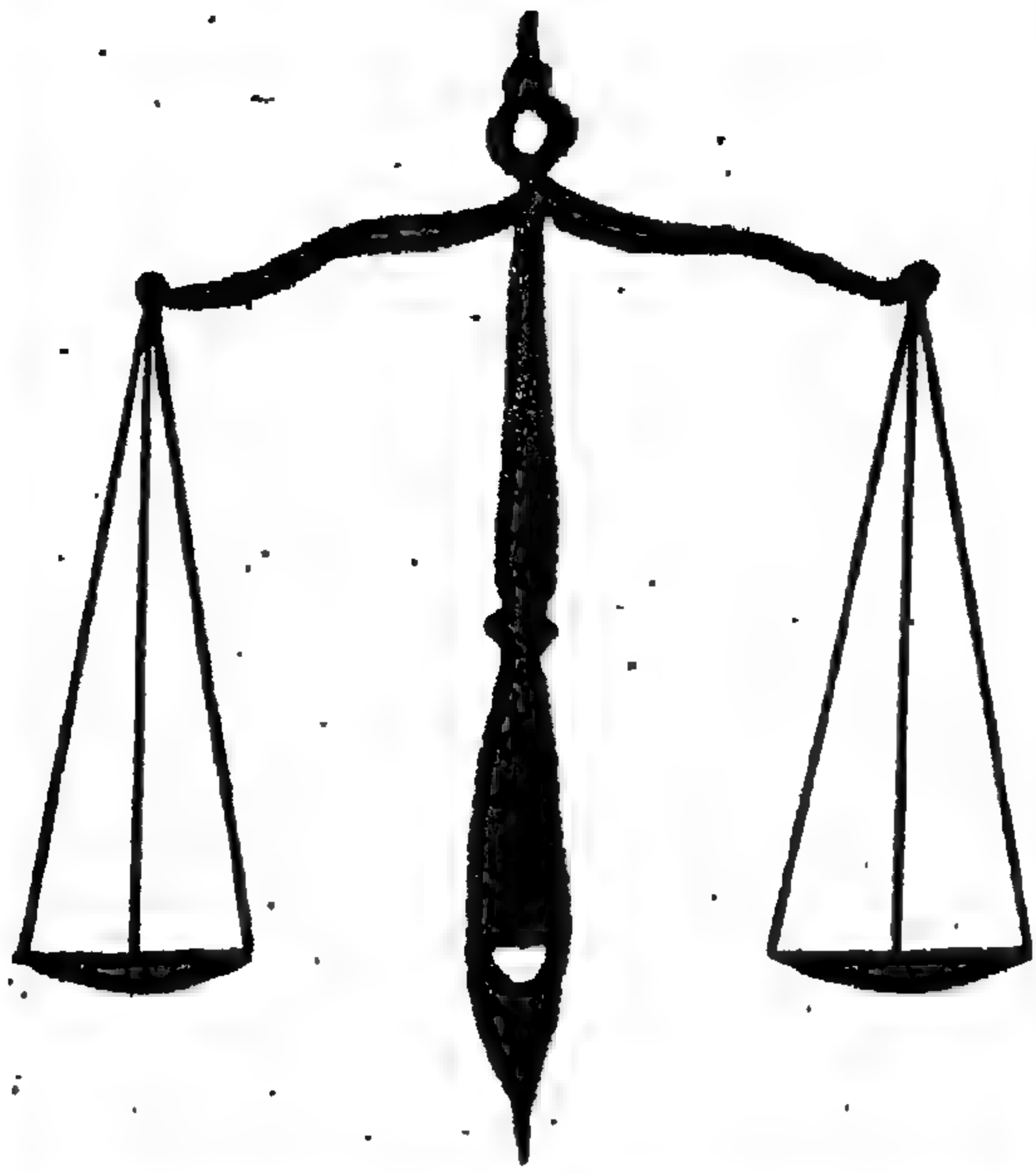
نقابة المحامين - أمانة الصندوق

**تعلن للسادة الأساتذة الزملاء المتأخرين
عن سداد الاشتراك السنوي حتى الآن أن يبادروا
إلى السداد فوراً قبل آخر يونيو سنة ١٩٩٠
تلافياً للاستبعاد من الجدول تطبيقاً للمادة
١٧٠ من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ .**

أمين الصندوق

أحمد موده

المحامي



دنيا العدل

المحامية

للمسيد الأستاذ عبد الرزاق شبيب
المحامي بالعراق

المحاماة ... كتب قيمة

السيد الاستاذ / عبدالرزاق شبيب المحامي بالعراق

أنواع المرافعات

الدعوى كالأمرض !!
والمحامى كالطبيب !!

فالأمرض كثيرة ومتنوعة ،
وهى حتى إذا اتحدت فى النوع
اختلفت فى الظروف ،
والأعراض ، والاختلاطات ،
والآلام !! ولكل منها طريقة
خاصة للفحص ! وأسلوب معين
للمعالجة !! .

والطبيب الماهر ! - هو
الذى يعرف كيف يفحص
المريض ليشتخص الداء ، وكيف
يعالج الداء التماساً للشفاء ..

كذلك الدعوى تختلف فى
الماهية ، وفى النوع ، وإن هى
اتحدت فى النوع اختلفت فى
الظروف والملايسات - وحتى
فى الآلام !! - ولكل منها
طريقة خاصة لدراستها وأسلوب
سين لمعالجتها ، وفن خاص
مرافعتها ..

والمحامى الحاذق ! - هو
لذى يعرف كيف يدرس القضية
يهيئ حلها ، وكيف يعد العدة

لمعركة المرافعة ! ، وكيف
يتفنن لنوال الفوز فى المعركة !
ولهذا ليس هناك شروط
خاصة أو أسلوب معين أو سبيل
محدد - يمكن بها رسم مخطط
خاص للمرافعات - ولكن يمكن
اعتبار الخطوط الرئيسية التى
احتواها البحث السابق فى
(المرافعة) ، خطوطاً عامة
مشتركة لكل أنواع الدعوى ،
وألوان المرافعات ...

وعلى وجه الاجمال يمكن
تقسيم المرافعات الى صنفين
أساسيين - تبعاً لماهى القضايا
هما : المرافعات المدنية ،
والمرافعات الجزائية .

فالأول - يتناول المرافعات
فى القضايا الحقوقية .

والثانى - يتناول المرافعات
فى القضايا الجزائية .

القضايا الحقوقية :

ويدخل فى مدلولها الدعوى
المدنية ، والتجارية التى تنظرها
المحاكم العادية ، والقضايا
المدنية الأخرى التى تنظرها

السلطات القضائية : مثل قضايا
ضريبة الدخل والقضايا
الكمركية ، وقضايا موظفى
الدولة ، وقضايا المتقاعدين .

هذا النوع من الدعوى يتصل
فى جوهره بالحق والقانون
والدليل .. وتغلب عليه المسحة
العلمية - فليس للمنطق والبلاغة
والبيان دخل فى نتيجتها : فإذا
كانت الدعوى الحقوقية مستندة
الى دليل قانونى مثبت للحق -
فإن الحق لا يهدر مهما جوبه
بآيات بينات من قوة المنطق ،
واعجاز البلاغة ، وسحر
البيان !!

ولهذا فإن كل ما هو مطلوب
من المحامى فيها ، هو أن يركز
همه على المستند القوى !
والدليل الدامغ ! والنص
القانونى .

أما الشروط الأخرى ،
والكفاءات الأخرى ، والمؤهلات
الأخرى - فانما يستخدمها فى
الحفاظ على هذه القيم المتوفرة
لديه - مدعياً كان أم مدعى
عليه ، أم شخصاً ثالثاً - وأن

يصد بكل ما أوتى من قدرة ،
ومهارة هجمات الخصم فى
هدمها ، أو التشكيك فى قيمتها ،
أو التقليل من شأنها .

وواضح أن المرافعة فى
دعوى تستند الى سند تحريرى ،
هى غير المرافعة فى دعوى
يقوم الدليل فيها على الشهادات ،
أو خبرة الخبراء ، أو دفاتر
الخصم ، أو مجرد اليمين
القانونية !! .

القضايا الجزائية :

أما القضايا الجزائية فانها
تشمل كل الدعاوى الجزائية -
سواء أكان مرجعها المحاكم
العادية ، أم المراجع الأخرى
كالمحاكم الخاصة ، والمجالس
العرفية ، ولجان انضباط موظفى
الدولة ، وقضايا الكمرك ذات
الصبغة الجزائية .

فهذا النوع من الدعاوى
لا يعتمد فى جوهره على القانون
والأدلة المتوفرة فى القضية -
وحسب ... وإنما هو يعتمد فى
أساسه على القناعة !! القناعة
بالتجريم أو بالبراءة !! والقناعة
بعد التجريم بتشديد العقاب أو
بتخفيفه ...

وبين التجريم والبراءة ...
مسافة شاسعة كالمسافة الكائنة
بين السماء والأرض !!
وبين التشديد والتخفيف ...

مراحل كثيرة كالمراحل الكائنة
بين القسوة والرحمة !!

ولهذا فالمرافعات الجزائية
يتمتع ميدانها للعلم والكفاءة
والموهبة والمنطق والبيان -
وفن الاقناع !!

فرب أداء متزن ، ومنطق
مقنع ، وبيان خلاب ... تنهار
أمامها القلاع الشامخة !! التى
بناها الخصم أو الادعاء العام من
أكوام الأدلة ، ومجاميع
القوانين ، وجيوش الشهود !!
فتكون النتيجة البراءة بدلاً من
التجريم !! أو تخفيف العقاب بدلاً
من تشديده ...

ولكن هذه القدرة فى ميدان
القضاء الجنائى ، لا ينالها
المحامى بالهام مفاجيء !!
ولا تتفتح آفاقها أمامه عفواً -
وإنما تأتية طائعة بعد درس
دقيق ، وعمل متواصل ، ومران
طويل .

ولذلك يتعين على المحامى أن
يتأمل فى كل قضية جزائية تأملاً
خاصاً ، وأن يعد لها العدة على
ضوء أهميتها ، وظروفها ،
وملاساتها ... وأن يلاحظ
الخطوط الأساسية المهمة
التالية :-

١ - ادرس درسا متقناً من
الموكل ذاته ، ومن اضبارة
الدعوى ، واستنسخ كل ما فيها

من شهادات وتقارير شرطة
وتقارير طبية ، وتقارير
خبراء ... ثم ادرسها من
جديد !! وحدد النقاط المهمة التى
ينبغى بحثها !!

٢ - لا تكتفى بدراسة شهادة
الشاهد ، بل تحر عن علاقته
بالخصم أو بالجريمة !! لكى
تعرف بعد ذلك كيف تعالج أمره
فى النقاش ؟ وفى أى سؤال
تسأل ؟ وأى السؤال
تتخشى ؟ ..

٣ - لاحظ التعارض الكائن
بين شهادات الشهود فيما بينهم ،
والتناقض الواقع فى شهادة كل
منهم على حدة !

٤ - عين خطة الجدول
والمرافعة - قبل المرافعة !!
لكى تعرف أى شاهد تناقشه ؟
وأى شاهد تتحاشاه ، وأى نقطة
تثيرها ، وأى نقطة تبتعد
عنها ؟ .

٥ - لا تجعل مجزء الجدل
(وظيفة) من وظائفك !!
استرضاء للموكل !! الذى يسره
الجدل الطويل ولو كان الأمر
نافهاً !! أو اعلاتاً عن مهارتك
أمام المستمعين ... وإنما عليك
دائماً أن تراعى مصلحة
الموكل !! ومصلحة الدعوى !!
ثم جادل فيما هو ضرورى
ومهم !! واهمل ما عدا ذلك من
هراء لا يمسك من قريب

أو بعيد ... استمع إليه كما
يستمع إليه الصنم !!

فرب سؤال سخيف ، كان
جوابه كارثة !!

٦ - ادرس التقارير الفنية
دراسة علمية فنية ، ثم استعن
بالخبراء واكتسب منهم علمًا يثير
لك مسالك الدعوى ، ويهديك في
الدفاع الى الصراط المستقيم ...

٧ - صنف دفاعك بعد ذلك
حسب تسلسل الوقائع ، واجعل
للوقائع فصلاً ، وللبحث القانوني
البحث فصلاً ، وللمسائل الفنية
أو المادية فصلاً ، وللمناقشة
الشهود والخبراء فصلاً - ثم
اخلص من ذلك كله الى خاتمة
المطاف !! الى استخدام مواهبك
في بيان الدفاع !! ولغة
الاقناع !! وآية الابداع !! .

٨ - وليس معنى ذلك ، أن
تقرأ في المحكمة ما كتبت في
المكتب !! كأنك تتلو مقالة ،
أو تقرأ خطبة !! وإنما عليك أن
تركز النقاط الأساسية في ذهنك
- ثم تدلى ببيانك شفافاً - بما
ملكته من مهارة وسليقة وبيان !!

إن الدفاع الصحيح المؤثر في
جو المحكمة ، وفي ذهن
الحاكم ... هو البيان الذي ينطلق
به اللسان انطلاقاً يسحر اللب ،
ويستهوى السامع ، ويأخذ
بمجامع القلوب ... إنه ينساب

في أذن الحاكم انسياب النغم
الجميل ، ثم يفعل فعله في نفس
الحاكم فيثير فيها عوامل الرضاء
والقبول ، ثم تتحول الانفعالات
الى (قناعة) تأخذ سبيلها الى
الوجدان لتستقر فيه !! ، ثم يثق
الحاكم بنفسه ويطمئن الى
وجدانه - فينطق بالحكم !!

وعندها فقط يوسم الدفاع
بالبيان !!

★ ★ ★

كان بوى أن أقتطف من
روض المحاماة بعض الزهور
الليانة ، من روائع المرافعات
المهمة : لها عصر الزهر ،
وألوان الورد ، وجمال
المحاماة ... غير أن المجال لم
يتسع لها في هذا الكتاب فموعدى
بها في كتاب آخر إن شاء الله .

حق الدفاع مقدس

حق الدفاع مقدس !! كلمة
حلوة تتردد في سوح القضاء كل
يوم عشرات المرات - ومع هذا
لا تبحث على الملأ !! ولا تفقد
عذوبتها - فما معناها ؟
وما مداها ؟ .

إن طبيعة النفس البشرية ،
وطبيعة مجرى الحياة -
لا تحتملان تقسيم البشر الى
صنفين :-

فضلاء يستحقون الرعاية

والاحترام !! وأدنياء يستأهلون
القسوة والاحتقار !!

نبلاء ؟ من الحق أن يكونوا
خالدين !! ومنحطين ؟ من
الواجبين أن يكونوا هالكين .

هذا التقسيم للبشر ليس فقط
نظرياً وخيالياً ، وإنما هو أيضاً
ساذج وسخيف .

فالمجرمون ليسوا جميعاً
أشراراً فاسدين ، وليس كل
الأشرار يجب أن يقضى
عليهم !! ومن قال أن الذين لم
يقذف بهم الى القضاء : هم
جميعاً شرفاء ، أبرياء ،
أطهار ؟ من كل دنس أو
جريمة ؟ .

وكم من الجرائم تقترب
يومياً - وأصحابها معززون
مكرمون ؟ .

فهل يصح أن نحتقر كل من
مثل أمام القضاء ؟ ونحترم كل
من كان في منجى من
القضاء ؟ .. لا أظن أن أحداً
يجيب على هذا السؤال
ب (نعم) .

الواقع أن أكثر الجرائم التي
تقع في مجتمع ما - ولا سيما
المجتمع المتخلف في الرقى
والثقافة والخلق !! - يرجع
أسبابها الى عوامل تقع مسئوليتها
على عاتق المجتمع ذاته -
كجرائم السرقة والاحتيال

والايذاء والجرائم الأخلاقية وغيرها كثير .

بل أن كثيرًا من الجرائم ترتكب بفعل التقاليد السائدة في المجتمع كجرائم العرض والآداب العامة .

وأن كثيرًا غيرها ترتكب لأمراض ابتلى بها الفاعلون - سواء أكان الممرض نفسيًا أم عقليًا - كجرائم الانتقام والجرائم التي يرتكبها المجانين أو الذين وهنت أعصابهم ، وفقدوا أرائهم .

وهناك جرائم أخرى تقع عن خطأ في الفعل ، أو نقص في التقدير ، أو قضاء وقدرًا - ومع هذا فهي جرائم ... يعاقب عليها القانون ..

وحتى المجرم ، الشرير ، السافل الذي يثور الرأي العام أحيانًا يريد محقه من الأرض واثاق البشرية من رجسه ؟ .. هل تعدم جوانب قضيته من جانب يدعو إلى التبصر في وزن عقابه بميزان العدل ؟ وجانب آخر يبعث على الشفقة به ومنحه الرحمة ؟ هل يعد مستحيلًا في عرف القضاء أن يكون المتهم في الواقع بريئًا ؟ والمجرم الحقيقي بعيدًا عن قبضة القضاء ؟

ولنترك المجرم ذاته - أيًا

كان نوع جريمته - ولنتقل إلى عائلته وأصدقائه ومعارفه ومحبيه - أليس أولئك بشرًا ؟ يتأثرون بالجريمة ؟ ويلحقهم عارها ؟ وقد تكون مصدر تعاستهم وآلامهم ؟ بل هي لمن يعيلهم المجرم تهديد لحياتهم ذاتها إذا ما فقدوا المعيل !!؟

ولنترك هؤلاء أيضًا ولنتقل إلى ميدان أوسع مدى - هو المجتمع : هل من مصلحة المجتمع أن يترك كل عضو فاسد فيه ؟ وهل في إمكانه أن يقضى على الجريمة بالقسوة البالغة وفساد المجتمع - فهل من الحق أن يسلك المجتمع سبيل الظلم لحماية نفسه من الجريمة ؟! وهل من العدل أن ينسى المجتمع بأنه شريك في الجريمة - بتهيئة أسبابها وعواملها - ويصب جام غضبه على الفاعل وحده ؟

ولنترك المجتمع كذلك ولنتوجه إلى محراب العدالة !! هل من شيمة العدالة أن يترك المتهم ، لا حام يحمى حقه ، ولا ضابط يحدد عقابه ، ولا منه يرشد إلى موضع الرحمة والغفران ؟

لا ! لا ! إن العدالة لا تعرف الظلم ، ولا تتأثر بالعاطفة ، ولا تعبًا بالاعتبارات !!... ولهذا يستعدها أن تستعين بمن يرشدنا إلى مواطن الخطأ والصواب ،

ومواضع القسوة واللين ، وعوامل الرأفة والغفران !!

إنها بحاجة إلى مرشد نبيل يعينها على تحقيق هذه الرسالة المقدسة !! وما ذلك المرشد إلا المحامي !!

فدفاعه عن المتهمين - دفاع مقدس !!

فكم من مرة استطاع بها المحامي أن ينقذ متهمًا بريئًا من الموت ؟

وكم من مرة استطاع بها المحامي أن يكشف عن أسرار خفية لولاه لذهب كثير من الأبرياء ضحية للعدالة ؟

كم من مرة استطاع بها المحامي أن ينقذ عائلة من الدمار والعار بانقاذه عزيزهم البريء من شرور الوقعة والتلفيق والتزوير ؟

كم من مرة استطاع بها المحامي أن يرشد القضاء إلى وقائع وأدلة ، تحول اتجاهه من عقوبة الموت إلى السجن البسيط ؟

كم من مرة استطاع بها المحامي أن يكشف عن سر موكله وعن إنسانيته المعذبة ، وعن رغبته في التوبة ، وعن حاجته إلى الرحمة ؟ فاستجاب له القضاء ومنح النفس المعذبة

ما تفتقر إليه من رحمة ؟.

وأخيراً كم من الناس استطاع المحامي أن ينقذهم من التدهور في حمئة الجريمة ، ويمنحهم الفرصة النبيلة ، للندم والتوبة والصلاح ؟

إن ميزان العدالة ليختل توازنه ، إذا ما ترك المتهم تحت رحمة جانب واحد هو المشتكى ، والمدعى العام ، والشهود ، والأدلة ... ولهذا ينبغي أن يقوم في الجانب الآخر (رقيب) يتولى حماية المتهم من الهجوم والاستعداد ، و (يرشد) العدالة الى مواطن القوة والضعف ، ومواطن الخطأ والصواب ، ومواطن القسوة والرافة .

فالإتهام والدفاع - إذن ضروريان لحفظ التوازن - في ميزان العدل 1 .

يستخلص العدل من تعارضهما ، وتناحرهما ، وحججهما - وجه الصواب :

فترجح كفة الحق على كفة الباطل ؟

وترجح كفة الرحمة على كفة القسوة ؟

وترجح كفة البراءة على كفة التجريم ؟

فالدفاع عن المتهم هو حق - وحق مقدس !!

ان هذه (القدسية) لحق الدفاع - وحدة لا تقبل التجزأة :- فإما دفاع وإما لا دفاع ، وإما دفاع كامل حر ، وإما حرمان من الدفاع ...

إن هذا الحق المقدس يرتكز الى دعامتين أساسيتين هما :-

الأولى - أن المتهم حر في اختيار من يشاء من المحامين ، للدفاع عنه : لا يملك أحد حق الاعتراض عليه في ذلك ، أو قهره على اختيار مجام بعينه !! . ما دام الأساس الذي يقوم عليه التوكل هو الثقة 1 ، وما دام المحامون أمام القضاء سواسية !!

الثانية - أن المحامي حر في التصرف بالدعوى ، يملك كل الحقوق التي تمكنه من أداء واجبه : فهو حر في أن يقرأ كل الأوراق ، ويطلع على كل المستندات ، ويناقش كل الأدلة ، ويصارح كل الشهود ، ويقول كل ما يشاء .. ما دام الأساس الذي يقوم عليه الدفاع هو الحرية في العمل .

فان اختل أساس من هذين الأساسين - اختل الركن الذي يقوم عليه حق الدفاع ، واختلت قدسيته ، واختل ميزان العدل !!

★ ★ ★

إن حرية الدفاع لم تعد محل

نقاش .. فقد أحيطت بهالة من القدسية والاحترام منذ القديم ، وفي جميع الأنظمة القضائية ، ولم يشذ عن ذلك حتى القضاء السوفيتي - على الرغم من اختلاف نظامه القضائي عن الأنظمة المعمول بها في العالم ... فقد جاء في كتاب (القضاء في الاتحاد السوفيتي) في معرض تمتع المحامي بحريته في الدفاع بأن قال - في الصفحة ١٠٥ - (وهو في مرافعته حر بأن يدلي بشئ ما يريد من وجهات للنظر والأدلة ، وبأن يناقش جانب الادعاء ، وينتقد وجهات نظره ، وأن يصف ظروف القضية من الناحية القانونية كما يريد .

وهو حر في اختيار أسلوب مرافعته ومنتها ، لأنه يتمتع في المحاكمة بنفس الحقوق التي يتمتع بها (جانب الادعاء) .

لقد نوقشت هذه الحرية في عهود متوغلة في القدم ، وانتهى البحث فيها الى اقرار ما ورد على لسان المدعى العام الفرنسي المشهور - شيه دي اسبانتج - عندما حاول أن يحدد مدى حق الدفاع في مرافعته فقال (إن حرية الدفاع ملك للمحامين ، يستغلونها للمصلحة العامة ، لمصلحة الجمهور وليس لأحد أن يعتدى عليها) .

وهكذا استقر في الذهن أن حرية الدفاع عديمة الحدود مطلقة من القيود ! ثم جاءت قوانين المحاماة - وأى قانون آمر - في العالم مؤيدة بهذا الحق ، عاملة على صيانتها من الاستعداد عليه أو الإخلال به - وقد أخذ بذلك قانوننا الجديد - قانون المحاماة - فقد جاء في المادة (١٦) منه ما يلي : (للمحامى أن يسلك أى طريق مشروع فى الدفاع عن موكله ، ولا يكون مسئولاً عما يورده فى مرافعاته خطية كانت أم شفوية - مما يستلزمه حق الدفاع) .

والموضوع الدقيق الذى يعترض سبيل هذا الحق هو ما ينشأ عادة - بين الحاكم وبين المحامى من نقاش : فقد يتقدم المحامى بطلب الى المحكمة متوخياً فيه تأمين مصلحة من مصالح الدفاع ، فلا تجيبه المحكمة الى طلبه مدعية أنه خارج عن حق الدفاع !! أو أنه لا تعلق له بالدعوى ١ ، أو أنها غير مقتنعة بوجاهة الطلب ... وما الى ذلك من أسباب تؤدي فى كثير من الأحيان الى الاحتكاك وتطالير الشرر !!

وقد (يعجز) المحامى فى الابانة عن مقصده ، فيستعمل لفظة غير ملائمة ، وقد (تفلت) منه أثناء المرافعة كلمة تعتبرها

المحكمة نابية ، وقد (تجرى) على لسانه خلال المناقشة عبارة تعدها المحكمة اهانة لها .

ففى جميع هذه الحالات وغيرها ، تتجلى قيمة (الحلم) فى التغلب على توتر الأعصاب و (التسامح) المطلوب من الطرفين - للوصول الى تفاهم ودى (يبقى) على الاحترام المتبادل بينهما ، و (يصون) حق الموكل من أن تصهره نار الغضب ، فيذهب هدرًا أو بندًا .

ومهما تكن أسباب النقاش بين الحاكم وبين المحامى ، ومهما تبلغ بينهما سورة الغضب ، ومهما يحاول الحاكم أن يتصلب فى رأيه ، أو يتعنّت فى موقفه ، أو يتحكم فى تصرفه - فإن حق الدفاع يظل فى علياء سمائه محترمًا مقدسًا مصونًا ...

فمن غير المعقول أن يطلب الى المحامى - ولا سيما أثناء المرافعة - أن يزن (ثقل) الفاظه كما يوزن الجواهرى جواهره ؟ أو (يقيس) كلماته كما يقيس السائر خطواته ..

ان الارتجال أصعب أنواع الكلام !! ، فليس من السهل الوقاية من العثرات ، وليس من الممكن صيانة اللسان من التفلتات ... وليس من العدل أن يهجر القصد ويصار الى التأويلات ...

ان التفريق بين حقين مقدسين هما : احترام القضاء ، وحرية الدفاع لجدير بالتأمل والرعاية ، وان التوفيق بينهما ضرورة تتطلبها طبيعة العمل فى سوح القضاء ... فلندع حرية الكلام تسود فى قاعة المحكمة - قبل أن تسود فى ميدان آخر ؟ ولنفسح المجال كاملاً لتنمية الانطلاق فى الكلام والارتجال فيه - فهما من نعم الحياة !! ولنفتح الباب على مصراعيه لسحرين حلالين هما - البلاغة والبيان ...

الظعن فى الأحكام

لا تنتهى الدعوى بصدر الحكم فى مرحلتها الأولى ، ما لم يمر الحكم من مراحل القانونية الأخرى ، أو تفوت عليه المدد القانونية - وفى الحالتين يصبح الحكم قطعياً ، وتكتسب الدعوى درجة البتات .

فواجب المحامى لا ينتهى ما لم يلاحق الدعوى حتى نهايتها ، ويصبح حكمها حكماً لا سبيل الى تغييره أو التعرض له ...

فهو إن كسب الدعوى ابتداءً - عليه أن لا تأخذه نشوة الفرح ، وينام عن واجباته التالية : فالخصم لا يستسلم بسهولة ، بل يلجأ الى استعمال حقوقه القانونية فى استئناف

الحكم أو تمييزه - وقد يتغير الحكم انتهاء لصالح الخصم .

وكذلك إن هو خسر الدعوى ابتداءً - فما ينبغي له أن ييأس ، ويتخلى عن واجبه في استعمال الطرق القانونية طالباً تغيير الحكم ، وقد يتغير الحكم ويؤول انتهاءً لصالحه .

فانتهاء الدعوى إذن في الدور الأول من أدوارها القانونية ، لا يعنى سوى انتهاء المعركة الأولى من معاركها ... وهى بطبيعة الأمر أهم المعارك طراً .

إن الطعن فى الأحكام - أو مراجعة الطرق القانونية على الأحكام - هو موضوع طويل يقتضى له بحوث مستفيضة لكل نوع من أنواع الحكم وهذا بالطبع بحث من مباحث القانون التى تدخل فى نطاق (علم المحامى) .

غير أنى لاحظت أثناء عملى أن بعض الزملاء يلتبس عليهم الأمر أحياناً فى الأحكام القانونية المتصلة بالطرق القانونية لصالح الحكم لتشعب البحث ، وتنوع مصادره ...

وليس بدعاً أن أقول أن كثيراً من الدعاوى يخسرها بعض المحامين لا لأنها فى الأصل تجانب الحق ، بل لأن المحامى

يجهل الخطوط الأساسية للطعن فى الأحكام ... إما لجهله للبواب التى يجب أن يطرقها ، وإما لجهله للمدة القانونية المحددة لذلك ..

ولهذا استكمالاً للبحث ، وتيسيراً للمراجعة عند الضرورة ، وددت أن أضع ما يشبه الخطوط البيانية للبحث :-

١ - الدعاوى الحقوقية

ان الطرق القانونية للطعن فى الأحكام الحقوقية هى ستة :

- (١) الاعتراض على الحكم الغيابى .
- (٢) اعتراض الغير .
- (٣) الاستئناف .
- (٤) إعادة المحاكمة .
- (٥) التمييز .
- (٦) تصحيح القرار التمييزى .

الاعتراض

كل حكم غيابى عرضة للاعتراض عليه فى نفس المحكمة التى أصدرته .

فان كان الحكم الغيابى صادراً من محكمة بداءة أو من محكمة استئناف - فان مدة الاعتراض عليه هى عشرة أيام من اليوم التالى لتاريخ التبليغ بالاعلام .

أما إذا كان الحكم غيابى

صادراً من محكمة الصلح - فان مدة الاعتراض عليه هى خمسة أيام .

إن الحكم الغيابى إما أن يكون قد صدر ضد المدعى عليه ، وقضى بالزامه بأن يدفع للمدعى الشئء المحكوم به - ففى هذه الحالة يتبع حكم الفقرة الأولى من المادة (١٧٩) من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية وهذا نصها (١ - يكون الاعتراض على الحكم بعريضة تحتوى على الأسباب والعلل التى من شأنها أن تدفع دعوى المحكوم له وتعديل أو تبطل الحكم الغيابى) .

أى أن المحكوم عليه لا يقبل منه الاعتراض الخالى من الأسباب القانونية التى تناقش أسباب الحكم الغيابى ، وتدعو الى تغييره أو ابطاله فيما لو صحت .

أما إذا كان الحكم الغيابى قد صدر ضد المدعى ، وقضى باسقاط حق محاكمته مؤقتاً - ففى هذه الحالة لا يحتاج المدعى فى عريضة اعتراضه الى ايراد أسباب معينة للاعتراض ، بل حسبه أن يقدم الاعتراض خلال مدته القانونية ..

بذلك قضت الفقرة الثانية من المادة المذكورة وهذا نصها (٢ - أما إذا كان الحكم الغيابى

يتضمن اسقاط حق المدعى في المحاكمة مؤقتاً فقط ، وقدم المدعى اعتراضاً على الحكم المذكور في المدة القانونية ، فلا يشترط أن يبين أسباب الاعتراض) .

واللائحة الاعتراضية ليس فيها تزمّت أو تقيد !! فهي بسيطة جداً .. فحسبها أن يذكر المحكوم عليه فيها سبباً لتخلفه عن الحضور - ولو كان سخيلاً !! ثم يورد الأسباب القانونية التي من شأنها - لو صحت - أن تجعل الحكم الغيابي عرضة للتعديل أو للإبطال ...

الاستئناف

أما استئناف الحكم فحيث أنه ينتقل بالدعوى من مرحلة (الحكم الابتدائي) الى محكمة أخرى تملك تغييره أو إبطاله إن اقتضى العدل ذلك - كان الاستئناف يقتضى له دراسة قانونية كاملة - يقتضى له دراسة الحكم الابتدائي دراسة دقيقة ، ومناقشة الأسباب التي بنى عليها الحكم الابتدائي مناقشة موضوعية وقانونية ...

واللائحة الاستئنافية يجب أن تتضمن الأسباب الداعية الى الطعن في الحكم الابتدائي ، وأن تنسق الأسباب تنسيقاً ييسر

دراسة الدعوى ، ويركز النقاط المهمة التي يتوقف على حلها الفصل في الدعوى الاستئنافية .

قالت المادة (١٩٥ / ١) من القانون المذكور ما يلي (يجوز الطعن بطريق الاستئناف في الأحكام الصادرة بدرجة أولى من محاكم البداية في الدعاوى التي تزيد قيمتها على خمسمائة دينار . وفي الأحكام المتعلقة بأشهار الافلاس مهما كانت قيمة الدعوى) .

ومدة الاستئناف هي خمسة عشر يوماً ، تبدأ من اليوم التالي لتاريخ التبليغ بالحكم الابتدائي - سواء أكان وجاهياً أم كان غيابياً .

وهناك أحكام أخرى تتعلق بالاستئناف المتقابل ، لا بد فيها من الرجوع الى النصوص القانونية عند الحاجة .

التمييز

لا يعد طريق التمييز - نظرياً - درجة من درجات المحاكم !! ولهذا فلا تجرى المرافعات الاعتيادية في محكمة التمييز - إلا في حالات نادرة تقررها المحكمة بجمع الطرفين للاستيضاح منهما أو من أحدهما - وإنما التدقيقات التمييزية تجرى على أوراق الدعوى فقط !!

إن محكمة الاستئناف هي درجة من درجات المحاكم تجرى فيها (المرافعات) كما تجرى في محكمة البداية تماماً - ففي استطاعة كل من الطرفين - في الاستئناف - أن يوضح نقطة غامضة ، أو يشرح بحثاً مقتضياً ، أو يثير نقطة قد تكون حاسمة ، أو يبرز مسنداً لم يسعفه الحظ في ابرازه في محكمة البداية - بينما هذه الفرص مفقودة في التمييز ، لأن محكمة التمييز لا تجرى (مرافعات) وإنما (تدقيقات) - وحسب !!

ولهذا يتعين على المحامي أن لا يغفل هذه النقطة الأساسية ، بل يعرضها بلائحة تمييزية واضحة تمام الوضوح ، متضمنة كل النقاط المهمة ، مركزة للبحث تركيزاً كاملاً - فاللائحة التمييزية هي آخر سلاح يشهره المحامي في ميدان المعركة ، وهي آخر جهد يبذله في ميدان الأمانة ، للظفر بحق موكله الذي أصابه الجور أو الهدر ، - بسبب الحكم الخاطئ .

رسمت المادة (٢١٧) من القانون المذكور الخطوط الأساسية للتمييز فقالت :-

(المادة ٢١٧ - ١ - يجوز الطعن بطريق التمييز في الأحكام الوجاهية والغيابية

الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة بدرجة أولى أو أخيرة ، ومن محاكم الصلح .

٢ - مدة التمييز ثلاثون يومًا للأحكام الصادرة من محاكم الاستئناف ومحاكم البداءة ، وثمانية أيام للأحكام الصادرة من محاكم الصلح - تبدأ من اليوم التالي لتبليغ الحكم أو تفهيمه .

٣ - إذا طعن أحد الطرفين بطريق التمييز في الحكم الصادر عليه في مدته ، فللطرف الآخر أن يطعن فيما يمس حقوقه من الحكم المذكور بطريق التمييز - وإن انقضت مدة التمييز بالنسبة إليه) .

تصحيح القرار التمييزي

إن تصحيح القرار التمييزي يعني إعادة محكمة التمييز نظرها في القرار الذي أصدرته - إذا ما توفر سبب من الأسباب القانونية التي رسمها القانون لذلك .

إن هذا الطريق هو طريق غير اعتيادي ، ولهذا فالأحكام الخاصة به هي أحكام صلبة لا تحتل التساهل في الشكليات ، ولا التوسع في التفسير ...

والأصل أن كل الأحكام الصادرة من محكمة التمييز ، هي أحكام قطعية لا سبيل إلى الاعتراض عليها أو فتح بابها من

جديد .. إلا بهذا الطريق الاستثنائي ، المقتصر على الحالات الخاصة التي عينها القانون تعيينًا في الباب الخاص بتصحيح القرار التمييزي .

وهذه المسألة الدقيقة كثيرًا ما كانت مدعاة لانزلاق بعض المحامين في هوة (الجهل بالقانون) ! فيتقدم أحدهم بطلب تصحيح القرار - بينما القرار لا يحتمل ذلك قانونًا ...

وكان الرأي الذي جرى عليه القضاء العراقي يقول بأن هذا الطريق الاستثنائي ما دام قد ورد حكمه في المادة (٢٣١) من قانون أصول المرافعات المدنية والتجارية فقط ، فإنه يقتصر على الدعاوى الحقوقية التي تناولها القانون المذكور وحده ... وما عداها من القرارات التمييزية المتعلقة بقوانين أخرى - فلا يجوز طلب تصحيحها .

ثم استقر أخيرًا اجتهاد محكمة التمييز على توسيع هذا الحق - بداعي أن حكم القانون قد جاء مطلقًا - وجعله شاملاً لكل القرارات التمييزية .. إلا القرار المتعلق بقانون خاص ورد فيه نص صريح يقول : بأن القرار التمييزي يعد (قطعيًا) أو (نهائيًا) ... ففي هذه الحالة فقط يمتنع تصحيح القرار

ما دام القانون قد أوصد دونه الباب .

ولأهمية التقيد بالأحكام التي تضمنتها المادة (٢٣١) - أورد نصها فيما يلي :-

(أ - لا يجوز الطعن في قرارات محكمة التمييز إلا عن طريق طلب تصحيح القرار ، ولا يقبل طلب تصحيح قرار محكمة التمييز إلا إذا وجد سبب من الأسباب الآتية :-

١ - إذا كان طالب التصحيح قد أورد فيما أورده إلى محكمة التمييز من اعتراضات سببًا صحيحًا من الأسباب القانونية التي تستلزم النقض أو التصديق - وأغفلت المحكمة تدقيقه وألبت فيه في قرارها التمييزي .

٢ - أن يوجد في تشكيل محكمة التمييز أو قرارها ما يخالف أحكام هذا القانون أو أي قانون آخر .

٣ - أن تكون ضمن الأوراق التي قدمت إلى محكمة التمييز - وكانت موضوع النظر والتدقيق - ورقة فيها غش أو تزوير ، مؤثر في نتيجة الحكم ويستلزم تغييره .

٤ - أن يكون القرار المطلوب تصحيحه مناقضًا بعضه لبعض ، أو أن يكون

مناقضاً لقرار سابق لمحكمة التمييز - صادر في نفس الدعوى دون أن يتغير الخصوم فيها ذاتاً وصفة .

ب - لا يجوز النظر والخوض في غير الأسباب القانونية التي أوردها طالب التصحيح في عريضته) .
والمدة القانونية لطلب تصحيح القرار هي سبعة أيام تبدأ من اليوم التالي لتبليغ القرار التمييزي .

تنظيم اللائحة :

ليس في تنظيم هذه اللائحة أسلوب معين ، يعدو اللائحة التمييزية ، باستثناء النقطة البارزة في هذا الموضوع : وهي وجوب توفر سبب من الأسباب الأربعة المارة الذكر - حصراً - فإن فقد السبب ، فلامجال لطرق هذا الباب !!

والقرار التمييزي الذي يصدر بشأن طلب تصحيح القرار ، هو واحد من الحالات الآتية :-

١ - إذا وجد الطلب غير مستند الى سبب من الأسباب الأربعة رفض شكلاً !! أي من غير خوض في الأساس ، وتصادر التأمينات البالغ قدرها عشرة دنانير .

٢ - فإن توفّر السبب

القانوني لقبول الطلب شكلاً ، ثم ظهر للمحكمة أن الاعتراض لا يؤثر في نتيجة قرارها - تقبل الطلب شكلاً ، وترده موضوعاً !!

٣ - أما إذا إتضح للمحكمة أن الاعتراض صحيح ، ومؤثر في نتيجة الحكم - فإنها تقرر تصحيح قرارها ، وتنقض الحكم المميز ، وتصدر توجيهاتها القانونية أسوة بالقرارات التمييزية الاعتيادية .

٢ - الدعاوى الجزائية

أما الطعن في الأحكام الصادرة في القضايا الجزائية ، فإنه أبسط مما هو في القضايا الحقوقية وأقل تعقيداً ... ويمكن تقسيم البحث فيه الى ثلاثة أقسام ، تبعاً لأنواع الجرائم الثلاث : المخالفات ، والجناح ، والجنايات .

المخالفات :

إن الحكم الصادر في جريمة مخالفة (أي أن الحد الأقصى لعقوبة المادة الجرمية هو الحبس مدة لا تتجاوز ستة أشهر) تابع للتمييز لدى المحكمة الكبرى التابعة لها المحكمة التي أصدرت الحكم خلال مدة هي خمسة عشر يوماً من تاريخ الحكم .

والحكم الصادر تمييزاً من

المحكمة الكبرى ، هو الآخر خاضع للتمييز لدى محكمة التمييز - خلال مدة هي سبعة أيام من تاريخ الحكم .

الجناح :

أما إذا كان الحكم صادراً في جريمة جنحة - (أي أن الحد الأقصى لعقوبة المادة الجرمية هو الحبس مدة لا تتجاوز ثلاث سنين) سواء أكان الحكم صادراً بدعوى موجزة ، أم كان بدعوى غير موجزة - فإن (الحكم) بالبراءة أو بالتجريم - تابع للاستئناف لدى المحكمة الكبرى ، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم .

أما (القرارات) الأخرى كالإفراج أو رفض الشكوى - فإنها تابعة للتمييز - لا للاستئناف - لدى المحكمة الكبرى .

كذلك الحال في (القرارات) الصادرة من حكام التحقيق - مهما كان نوعها - كرفض الشكوى ، وحفظ الأوراق ، وتوقيف الشخص ، ورفض توقيفه ، وإطلاق سراح الموقوف ، والإفراج عن المتهم ، والإحالة على المحاكمة ... هذه القرارات تابعة للتمييز لدى المحكمة الكبرى . ومن ثم يخضع قرارها

لرقابة محكمة التمييز .

وقصارى القول : لا يستأنف إلا الحكم الصادر بالبراءة أو بالتجريم - من حاكم الجزاء . أما إذا صدر بذلك من المحكمة الكبرى نفسها - فانه لا يستأنف بالطبع ، وإنما يميز لدى محكمة التمييز .

الجنايات :

أما إذا كان الحكم صادرًا فى جريمة جنائية (أى أن عقوبة المادة للجريمة تتجاوز حد الجنحة) فالحكم إذا صدر من حاكم الجزاء الأول فان حكمه يستأنف لدى المحكمة الكبرى خلال مدة هى خمسة عشر يومًا ، ثم يميز حكمها لدى محكمة التمييز خلال شهر واحد . أما إذا صدر الحكم من المحكمة الكبرى نفسها - فان حكمها يميز لدى محكمة التمييز خلال شهر واحد .

وهناك حالة خاصة فى الأحكام التى تصدرها المحكمة الكبرى بصفتها الأصلية - أى الأحكام التى تصدرها فى الدعاوى المنظورة من قبلها حسب اختصاصها ، والتى هى تصدر فيها الحكم الأصلي - فان هذه الأحكام تميز من نفسها ، بصورة آلية بحكم القانون .

فان المادة (٢٣٠) من

قانون أصول المحاكمات الجزائية البغدادي ، أوجبت على المحكمة الكبرى أن ترسل أوراق الدعوى التى بنت فيها ، الى محكمة التمييز رأسًا لتدقيقها تمييزًا - خلال سبعة أيام من تاريخ صدور الحكم أو تفهيمه .

وهذا التمييز (الجبرى) لا يحرم أصحاب العلاقة من استعمال حقهم القانونى فى التمييز (الاختيارى) إن هم شاؤوا ذلك ... فلهم أن يقدموا الى محكمة التمييز لائحة تمييزية يضمنونها آرائهم وطلباتهم - بذلك قضت المادة (٢٣١) من القانون المذكور .

وإذا كانت هذه المادة قد حددت لتقديم اللائحة التمييزية مدة خمسة عشر يومًا من تاريخ صدور الحكم - فالواقع أن محكمة التمييز لا ترفض اللائحة ، إذا ما ورنى إليها بعد قوات المدة المذكورة : ذلك أن

الدعوى مطروحة أمامها للتدقيق تمييزًا بحكم القانون ، فلا مانع يمنعها من قبول اللائحة التمييزية - ما زالت الدعوى لم يبت فيها بعد - للاستئناس بها .

وهناك حالات تدعو أحيانًا الى الالتباس أو قد يفوت على البعض ملاحظتها - وددت أن أوجزها فى الملاحظات التالية :-

الأولى : أن الفرق بين الاستئناف والتمييز - هو كالفرق بينهما فى ميدان القضاء المدنى : أى أن المحكمة الكبرى بصفتها الاستئنافية ، تدعو الطرفين المتخاصمين الى المحاكمة ، وتستمع الى طلباتهما ومناقشاتهما ، وتصدر الحكم بمواجهتهما .

أما النظر فى الدعوى تمييزًا فانه يجرى بتدقيق الأوراق فقط .

الثانية - أن الحكم الصادر فى جنحة - والتابع لطريق الاستئناف - وقد فانت عليه المدة المعينة للاستئناف يجوز تمييزه لدى المحكمة الكبرى نفسها .

الثالثة - اذا صدر حكم واحد فى جريمتين إحداها جنحة - فالحكم يكون تابعًا للاستئناف ،

وان كانت الجريمة الثانية - مخالفة أو جنائية - تابعة فى الأصل للتمييز . والسبب فى ذلك هو أن (الاستئناف) طريق اعتيادى من الطرق القانونية لا يجوز حرمان ذى العلاقة منه ، وهو أيضًا أكثر نفعًا للمتخاصمين - لأنه يوفر لهما المرافعة والاستماع الى وجهتى نظرهما وصدر الحكم بمواجهتهما .

تنظيم اللائحة :

وسواء أكانت اللائحة استثنائية أم كانت تمييزية ، فليس لها شكل معين ، ولا تتطلب توفر شروط بذاتها : فحسبها أن تناقش الحكم الصادر من ناحيتين :-

الأولى : الوقائع - فهل أن وقائع الدعوى ثابتة ؟ وإن ثبتت فهل هي بكافية لحصول القناعة على ارتكاب الجرم ؟ وإن كان الحكم يستند الى اعتراف أو شهود أو وثائق تحريرية - فينبغي فحص هذه الوقائع على ضوء الأحكام الجزائية العامة ، وتوفير عامل القناعة .

الثانية : القانون - فحيث أن الأساس الذي يقوم عليه القضاء الجنائي ، هو أن لا عقوبة بدون نص قانوني تتوفر في تطبيقه أركان الجريمة تطبيقاً تاماً - فيجب دائماً ملاحظة التطبيق القانوني ملاحظة دقيقة : فهل ان المادة القانونية الموجهة للمتهم ، منطبقة على الفعل المنسوب إليه أم غير منطبقة ؟ وهل أن أركان الجريمة متوفرة كلها توفراً تاماً ؟ أم اختل بعضها . وبذلك فقدت الجريمة ذاتها ؟ .

وإذا كانت المادة القانونية منطبقة انطباقاً تاماً - فهل هناك مجال لتخفيف العقاب ؟ أو

مخرج لايقاف تنفيذ العقوبة ؟ .

والخلاصة : ليس المطلوب من المحامي أن يكرر في لائحته الاستثنائية أو التمييزية ، ما سبق له أن أورده في دفاعه المسجل بضبط الدعوى ، أو في لوائحه ومذكراته ، وإنما المطلوب منه مناقشة الحكم مناقشة موضوعية ، وتركيز البحث في نقاط أساسية واضحة ، وتوخى الإيجاز في القول ، والبيان في البيان !!

★ ★ ★

وهكذا يتبين من هذه الخطوط البيانية للأبحاث المتشعبة ١، والأرقام المعقدة ! أن أمانة المحامي لا تنتهي في مرحلة من مراحل الدعوى بل تظل قائمة حتى نهايتها قطعياً :

فالأمانة المفروضة قبل إقامة الدعوى بإسداء النصح بالعدول عن اقامتها لعدم ضمان نجاحها ، تظل قائمة أيضاً أثناء سير الدعوى ، عندما يلوح للمحامي أن وجهها قد تغير من أمل النجاح الى احتمال الخسران - أن يقدم النصح لموكله بترك الدعوى بشكل ما - كما مر البحث في محل آخر .

وعند صدور الحكم قس الدعوى لغير صالح الموكل تظل الأمانة قائمة أيضاً : فإن وجد

المحامي الحكم صحيحاً ، فعليه أن يفهم موكله بأن لا فائدة من التمادي في التقاضي ، ويسدى له النصح بعدم جدوى اللجوء الى مراجعة الطرق القانونية على الحكم - ما زال الحكم للأسباب التي بنى عليها صحيحاً ، وما زال هو أيضاً قد اقتنع بصوابه وتجاوبه مع الحق والقانون ...

وبذلك يتفادى المحامي الجهد العاثر ، واشغال القضاء بجهد ضائع !! وتعرض موكله الى نفقات جديدة ليس من الذمة انفاقها - وبذلك يعمل على ايصال الحق الى صاحبه في أقرب وقت دون اطالة أو تسويف ... وبذلك أيضاً يسدى خدمة للقضاء ، وللموكل ، وللخصم ، وللمحامة .

غير أن هذه المسألة في عالم القضاء دقيقة للغاية : فما كل حكم يلوح لك موافقته للقانون هو في الواقع كذلك ! وما كل ما يحمك على الاقتناع بصوابه ، يحمل محكمة التمييز على الاقتناع بصوابه أيضاً !!

فقد يكون لمحكمة التمييز رأى آخر يهدم كل الأسباب التي بنى عليها الحكم !! ويجعل الحكم المميز خاطئاً لأسباب كثيرة !! ويزيل خطأه بقرار يغير وجه الدعوى !!

ولهذا ينبغي للمحامي أن يحترس !! وأن لا يتعجل في تكوين فكرة عن صواب الحكم ابتساراً ... بل عليه أن يدرس الحكم بدقة وتأمل وامعان ، ويناقش الأسباب التي بنى عليها مناقشة علمية متزنة ، ثم يعود الى المراجع القضائية ونصوص المواد القانونية للتثبت من صحته - فان أصبح بعد ذلك كله (مؤمناً) بصواب الحكم وموافقته للحق والقانون - جاز له أن يتفادى الطعن فيه .

أما إن قام في ذهنه أدنى شك أو تردد !! - فما عليه إلا أن يطرق كل أبواب القضاء ليصل بذلك الى حكم قطعي سليم ، يطمئن به وجدانه ، ويؤدي آخر ما في عنقه من أمانة ...

★ ★ ★

إن الطعن في الأحكام : سبيل قويم من سبل النظام القضائي الكامل ، لاصلاح الخطأ الذي يقع فيه الحاكم ، فيسبب للمحكوم عليه - أو لضحية القضاء !! - أذى أو كارثة سواء أكان مرد الحكم الخاطئ هو خطأ في الاجتهاد ، أو جهل في القانون ، أو شرود في الذهن ، أو تقصير في التدقيق ...

والطعن في الأحكام كذلك ، هو ليس مجرد وسيلة لاصلاح (خطأ القضاء) فقط ، ولا هو

مجرد درس عملي لما يجب أن يكون عليه الحكم الصحيح وحسب !

وإنما هو أيضاً - للمحامي وللحاكم معاً - نعمة من نعم القضاء العادل ..

هو للمحامي نعمة : لأنه إن كان هو قد كسب الحكم ابتداء ، ثم صدق الحكم انتهاء - ازداد وثوقاً بصدق موقفه ، وامتثلت نفسه حبوراً لرجاحة رأيه ...

وإن هو خسر الدعوى ابتداء ثم كسبها انتهاء - فان اعتداده بنفسه يتعاضد ، وشعوره بالفرح والغبطة يتضاعف !

وهو للحاكم نعمة : فالحاكم الذي ينطوي جنبه على ضمير حي ، يتعذب عذاباً أليماً لحكم نطق به ، ثم اتضح له أنه كان خاطئاً أو ظالماً ... إنه يشعر بأنه قد ارتكب خطيئة بالغة ، فتراه في نهاره شارد الذهن قلق النفس معذب الضمير ، وفي ليله يتلوى في فراشه يؤرقه تيكيت الضمير فلا ينوق جفناه الكرى ! وإن هو استطاع أن يغتصب النوم اغتصاباً في الزيع الأخير من الليل فانه ينتفض من فراشه بغتة : لأن طيف الضحية قد زاره في المنام منبأ أو منتقماً !! - فانتفض من فرط التأنيب !! أو من قسوة الانتقام !!

ولهذا تراه لا يجد منجى له من هذا العذاب المقيم ، إلا بالتعاون مع ضحيته والهرع وإياه الى المحكمة التي تملك اصلاح الحكم الخاطئ . يرجوها بالتماس وتضرع ، تخلصه من عذاب الجريمة التي اقترفها !! ، وانقاذ ضميره من هواجس الوحز والتبكيت !!

وهو لن يعود أبداً الى سالف هدوئه ، ولن يتخلص مطلقاً من هذه الهواجس والآلام - إلا إذا نقض حكمه الخاطئ ، ورفع بذلك الظلم عن ضحيته وضحية العدالة !!

متى يقبل المحامي الدعوى ومتى يرفضها ؟

هذا موضوع واسع الأفق دقيق للغاية ، لا قواعد له مكتوبة ، ولا ضوابط مرسومة . وإذا كان لابد من وضع قاعدة له فان قاعدته الأساسية هي - الحق !! والضابط الرئيسي لرسم خطوطه البيانية هو - الوجدان !!

فمن يديه القول أن المحامي ليس في مقدوره أن يسبر غور الزبون ، ويغوص الى أعماقه ليستشف بواطن أمره ، ويكتشف مكنونات سره ؟ ثم يستنبط بعد ذلك منه الحقيقة !!

وليس في مقدوره كذلك أن

يقرر من دراسة الأوراق ،
وبيانات الزبون ، واستعراض
الوقائع - أنه قد توصل الى
الحقيقة !! فقد تكون الحقيقة
محتجزة وراء ستار كثيف !! أو
كامنة في طي سر دفين !!

فكل ما هو مطلوب من
المحامى عمله في تحريره عن
الحقيقة - بعد الدرس
والاستقصاء والتأمل - هو أن
(يقتنع) بأن ما توصل اليه من
رأى - هو الحقيقة !! أو
ما يقرب من الحقيقة !!

إن كانت الدعوى حقوقية :

فإن كانت صفة الزبون فيها
- مدعى - جاز للمحامى التوكل
فيها على ضوء الحقيقة التي
توصل اليها ... أما إن طلب
الزبون إليه العمل على خلاف
ذلك - امتنع عليه آنذاك التوكل
فيها .

إذ يصبح في هذه الحالة
مسخرًا لتنفيذ رغبات الزبون ،
خلافًا للحق الذي بابت له
معامله ، وخلافًا للقناعة التي
توفرت له ، وخلافًا لثمة
المحامى وذمة المحاماة .

أما إذا كانت صفة الزبون فيها
- مدعى عليه - واقتنع المحامى
بصدق موقفه وسلامة دفعه -
جاز للمحامى أيضًا التوكل في
الدعوى والخوض فيها على

الأساس الذي تم التفاهم عليه .

أما إذا طلب الزبون اليه أن
يسير في دفع الدعوى على
أساس باطل ، أو مغاير
للحقيقة - فعندئذ لا يجوز له
التوكل فيها ... وإن هو سار فيها
على الأساس الصحيح ابتداء -
ثم مال الزبون بعدئذ الى الباطل
وعمد الى الزوغان عن الحق -
فعليه أن ينسحب من الدعوى
حفاظًا على أمانة المحاماة ..

وفي هذه الحالة - حالة
الانسحاب من الدعوى للسبب
المذكور - لا يصح للمحامى
- مباهاة - أن يعلن عن السر
في انسحابه من الدعوى ... لأنه
يكون قد جنى على موكله !! ،
بأن أعطى الحاكم سلاحًا
القناعة - بأن موكله مبطل في
دفعه !! وأن مصير الدعوى لن
يكون غير الخسران .

وهذا ليس من أدب المحاماة
في شيء !! ولا من واجب سرية
العمل المطلوب من المحامى
التقيد به تقيّدًا مطلقًا - تصريحًا
أو تلميحًا .

وخير سبيل لانسحاب
المحامى هو أن لا يعلن عن
رغبته في الانسحاب في
المحكمة ويكون آنذاك في
حرج !! وإنما يفتح بذلك
زبونه - ويطلب اليه أن يتولى

هو مهمة الدعوى بالشكل الذي
يشاؤه .

قلت أن هذا الموضوع دقيق
للغاية ، والدقة فيه تأتي من
ظروف وملابسات قد لا تدع
للقانون أو للمنطق أو للقناعة -
محلًا !! وقد ينهار كل ذلك جملة
أمام الواقع !!

ولكى أوضح مرادى من ذلك
أورد الواقعة التالية :-

راجعنى زبون أرسله صديق
لى وطلب الى التوكل فى
الدعوى المقامة عليه فى محكمة
بداة بغداد - وكانت المحكمة
يومها مؤلفة من هيئة قوامها
ثلاثة حكام - وكانت الدعوى
تتضمن كون المدعى شريكًا
للمدعى عليه فى (بانزينخانة)
يقوم هو بتمويلها بالبنزين ،
ويقوم المدعى عليه ببيع
البنزين - وما يأتى من ربح
يقتسمانه بينهما مناصفة ، وحيث
أن المدعى عليه قد تسلم كميات
معينة من البنزين وباعها ، وكان
ربحها محددًا - فالمدعى يطلب
حصته من ذلك الربح !!

سألت المدعى عليه الأسئلة
التالية :-

قلت - هل إنك استلمت
حقيقة كل هذه الكميات من
البنزين ؟ فقال : نعم !!

قلت - وهل أن الربح يقتسم

بينكما مناصفة ؟ فقال : نعم !!

قلت - وهل ان الحساب لم يجر بينكما عن هذه الكميات ولم تدفع لشريكك حصته من الربح ؟ فقال : نعم !!

قلت - فالدعوى انى صحيحة ، والمبلغ المطالب به صحيح ؟ فقال : نعم !!

قلت - إذن لماذا تراجعنى ؟ وبماذا تريد أن أدافع عنك ؟ قال : لماذا انى جئت إليك ؟ أليس لغرض تخليصى من الدعوى ؟

فأفهمته بأن تخليصه من الدعوى لا يكون بالباطل !! وما دمت قد اعترفت لى بأنك مدين حقاً - ليس لى من سبيل للدفاع عنك !! لهذا اعتذرت من التوكل فى الدعوى ، ونصحته بأن يتصالح مع خصمه - فالصلح أولى !! وقلت له ربما كسبت فى الصلح ما لم تكسبه فى الحكم ... وذهب ...

وبعد أيام جئنى والبشر يطفح على وجهه ، مخاطباً اياى مخاطبة المنتصر للمخذول !! (تقول يا أستاذ أن الدعوى لا تنجح ؟ لقد نجحت فيها وصدر الحكم بردها. !!) فاستغربت من ذلك وأردت أن أتبين صحة الخبر من عدمه ! والسر فى هذا التطور غير المعقول !!

فرجعت الى اضبارة الدعوى - فوجدت أن الحكم قد تضمن ردها حقيقة . وعند مطالعتى للسبب - ماذا تبين ؟

تبين أن المحامى المدعى قد قال أثناء المرافعة ، قولاً يناقض ما جاء فى عريضة الدعوى !! وأن الوكيل المدعى عليه قد تمسك بالتناقض ، وطلب رد الدعوى لهذا السبب - فريت .

فهل كان فى امكانى ابتداء أن استطلع الغيب !! وانتظر (غفلة) الزميل المحترم !! لأن (يقول) قولاً يتناقض به (كلامه) المحرر بقلمه فى عريضة الدعوى ؟ - ثم أقرر التوكل فى الدعوى على ذلك الأساس الموهوم ؟

بالطبع لا .. ولكن الأمر قد وقع فعلاً ، ووقع لا بنتيجة العلم !! وإنما بنتيجة (اليانصيب) .. وما أكثر قضايا النصيب فى سوح القضاء !! ..

أما إذا كانت الدعوى جزائية :

فأما أن تكون صفة المؤكل فى الدعوى - مشتكياً - جاز التوكل عنه إذا كان محقاً فى شكواه ... أما إذا كانت الشكوى كاذبة ، أو ملفقة ، أو كيدية - فلا يجوز للمحامى أن يكون أداة للشر فيها ، بل عليه أن يرفض التوكل فى الدعوى .

وأما إذا كان متهماً - ففى الأمر تفصيل :-

١ - الأصل أنه مما يسوغ للمحامى أن يتوكل مطلقاً عن كل متهم - مهما كانت تهمته ، ومهما كانت ظروفها ، وبواعثها ، ونتائجها ... فالمتهم إن كان بريئاً فالسعى لتخليص البرىء من الجرم والعقاب - هو هدف نبيل من أهداف المحاماة .

والمتهم إن كان مذنباً حقاً ، فإن ضمير العدالة كما هو يتعذب عند افلات الجانى من العقاب ، يتعذب كذلك عندما يصيبه من العذاب أكثر مما يستحق !!

ففى الحالتين السالفتين يجوز للمحامى أن يتوكل عن المتهم .

٢ - أما إذا اعترف المتهم للمحامى بأنه هو الذى ارتكب الجرم فلا يسوغ له أبداً أن يطلب براءته !! ...

فمن طلب براءة المجرم !! ، فقد ارتكب بدوره جرماً آخر !!

٣ - وفى الحالة الأخيرة إذا ما استطاع المحامى اقناع موكله لا بطلب البراءة ، وإنما بطلب العقاب المناسب أو تخفيف العقاب إذا ما توفرت أسباب التخفيف - جاز للمحامى السير فى مهمته على هذا الأساس .

وعندئذ يكون هم المحامى منصّباً على التماس الأسباب

لداعية للعقاب العادل !!

٤ - ولا يفوتني هنا الإشارة لى (النصيب) فى القضايا الجزائية كما هو الحال فى لقضايا الحقوقية . بل ربما كان لنصيب فى ميدان القضاء لجنائى أوفر (نصيباً) من لنصيب فى القضاء الحقوقى ... لقد تسير فى الدعوى على أساس أن الجرم ثابت ، والعقاب محتوم ... وهمك منصرف الى البحث فى تلمس عوامل الرحمة !! والظفر بأسباب التخفيف ... وإذا بالنصيب يفعل فعله بغتة :-

يتناقض الشهود !! أو تنهافت الأدلة !! أو يظهر ما ليس فى الحساب فتتحول قناعة الحاكم الى جانب المتهم ، وتلوح بارقة البراءة !! فماذا تفعل ؟

هل تقول أن موكلى برىء ؟ لا !! فان ذلك كفر !! لأنك مقتنع بأنه مجرم !!

هل تقول إذن أن موكلى مجرم ؟ أعوذ بالله !! فأنت وكيل عن المتهم لا خصم له !!

الأولى لك أن تخرج من هذه

(الورطة) بأن تترك المتهم لذمة الحاكم !! يقضى بأمره على ضوء ما استجد من أمور ، وتوفر من قناعة .

٥ - وليس معنى التوفر على ركن القناعة - أن يقوم المحامى بدور الخصم ؟ فى مناقشة موكله ؟ وإنما حسبه أن يحاول بسلامة وبساطة معرفة الحقيقة منه دون ضغط ، أو مشاطرة ! أو لجاجة !

فليس من شيمة المحاماة أن تقف من موكلك موقف الخصم ، فتحاول أن تنتزع منه الاعتراف انتزاعاً !!

وليس هذا فقط : فاللجاجة فى هذا السبيل الملتوى ، لن توصل المحامى إلا الى مرحلة الاحراج ؟ ذلك أنه اذا استطاع أن (ينتزع) من موكله اعترافاً بارتكابه الجرم ؟ فقد وضع نفسه موضع الحراجة !! .. حراجة من لا يستطيع أن يطلب براءة موكله بعد أن أفضى اليه موكله بالاعتراف !!

٦ - أما فى القضايا السياسية

فلا يطلب الى المحامى أن يخوض فى الأسس والتفاصيل - لكى يصل الى قرار فى التوكل أو عدمه ... فان بعض الحالات السياسية تلجؤه الى التوكل بصرف النظر عن التفاصيل والنتائج ... وقد لا تسمح ظروف خاصة للمحامى بمواجهة موكله ! بل لا يسمح له حتى بمطالعة أوراق القضية !! - فهل هو فى هذه الحالة يتخلى عن واجب الدفاع ؟ بداعى أنه لم يدرس الدعوى دراسة تبيح له التوكل ، أو الاعتذار ؟

فى حالة مثل هذه يسمح للمحامى أن يؤخذ على عاتقه مهمة الدفاع ، ويقبل الوكالة فى الدعوى - ويسير فيها على حسب الظروف المتغيرة له !!

وفى المرافعات ، وفى بيانات الشهود ، وفى المناقشات - تتكشف له مغاليق الدعوى ، وعندها يجند مواهبه ، ويستخدم قابلياته الفنية ، فى توجيه الدفاع ما أمكن - توجيهها سليماً .

الاعلانات القضائية

المادة ٧٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

تكونت شركة تضامن فيما بين نصير عبد الله شنوده وزغلول وشنوده وفانوس ووصفى عبد الله شنوده سميتها التجارية معرض البطل الرومانى للأدوات المنزلية وغرضها بيع الأدوات المنزلية بأنواعها ومركزها آخر شارع الشيخ منصور مركز الخانكة القليوبية برأس مال ٥٠٠٠ جنيها بالتساوى للشركاء ومدة الشركة ٥ سنوات تبدأ من ١٩٨٨/٩/٣ وتنتهى فى ١٩٩٣/٩/٢ والادارة والتوقيع موكلة لنصير عبد الله شنوده والمستشار القانونى للشركة محمد عبد الحكيم عيد الزيدى المحامى بالقاهرة مسجلة برقم ١٦٣ لسنة ١٩٨٨ بمحكمة بنها الابتدائية .

★ ★ ★

بموجب عقد مسجل رقم ٢٢٧٣ سنة ٨٩ بمحكمة جنوب القاهرة الابتدائية تأسست شركة توصية بسيطة سيد الحسينى الحمامسى وشركاؤه برأسمال ٥٠٠٠ خمسة آلاف جنيه ونشاطها بيع الادوية المعبأة والسائلة ومقرها ٣ شارع مصنع ٤٥ الحربى بالمعصرة ولمدة خمس سنوات تبدأ من ١٩٨٩/٢/١ والادارة والتمثيل للشريك المتضامن .

★ ★ ★

بموجب عقد مسجل بمحكمة جنوب القاهرة برقم ٢٦٠ لسنة ١٩٩٠ تكونت شركة توصية بسيطة بين عرفان على سليم شريك متضامن وشريكين موصيين غرضها عرض وبيع الموبيليات والديكور وإستيراد وتصدير الموبيليات ومستلزماتها والقيام بأعمال الوكالة التجارية مركزها ١٠ شارع الطمار بباب الشعرية قسم الموسيقى لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد تبدأ من ١٩٩٠/١/٢٣ وتنتهى من ١٩٩٤/١/٢٣ برأس مال ١٠٠٠٠ ج وحق الادارة والتوقيع للشريك المتضامن عرفان على سليم .

★ ★ ★

بعقد مسجل ملخصه ٤٥٧ سنة ١٩٩٠ شركات شمال القاهرة تم حل وتصفية شركة التضامن المسجلة ١٨٢٣ سنة ١٩٨٨ شركات شمال بين عادل ميلاد وفتوح ابو القاسم لتجارة الأدوات الكهربائية ١٦ شارع رمزى مصر الجديدة وأصبحت منشأة فردية خالصة لعادل ميلاد مرقص .

★ ★ ★

بموجب عقد مسجل بمحكمة جنوب القاهرة رقم ٢٦١ لسنة ١٩٩٠ تكونت شركة توصية بين هدى على عبد الخالق شريك متضامن وشريك موصى بعنوان هدى على عبد الخالق وشركاها غرضها تسويق وإنتاج الأثاثات الخشبية والديكور وإستيراد وتصدير الأثاثات ومستلزماتها مركزها ١٥ شارع ٢٥٧ المعادى الجديدة القاهرة لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد تبدأ ١٩٩٠/١/٣١ برأس مال ٣٠٠٠ ج وحق الادارة والتوقيع للشريك المتضامن .

★ ★ ★

تكونت شركة توصية بسيطة بين أولاً يسرى محمد محمود ثانياً خيرية عبد المنعم محروس ثالثاً نفوسة حامد صالح غرض الشركة تجارة خردوات مركز الشركة ٣٩ شارع المنيل والادارة والتوقيع موكولة للطرف الثانى والثالث وقد تم نشرها تحت رقم ١٧ لسنة ٩٠ .

في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره لا
 ينزع مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا إلى رحمة الله
 تعالى .. افتقدتهم المآمال وكانوا لها سنداً .. ويتضرع
 المجلس إلى العلي القدير أن يتغمدهم برحمته وأن
 يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وزوابعهم
 وزملاءهم الصبر والسلوان.

المحامى	الاستاذ الدكتور / محمود محمود مصطفى
المحامى	الاستاذ / محمد أحمد عيسى
المحامى	الاستاذ / محمد نبيه فرحات
المحامى	الاستاذ / مراد اندراوس
المحامى	الاستاذ / فراج دويدار
المحامى	الاستاذ / محمد درويش مرسى
المحامى	الاستاذ / رؤوف غالى
المحامى	الاستاذ / أبو الفتوح سليم
المحامى	الاستاذ / محمود المليجى
المحامى	الاستاذ / محمود هدهد
المحامى	الاستاذ / عجايبي فهمي
المحامى	الاستاذ / أنيس جندى جريس
المحامى	الاستاذ / سهيل أبو النصر
المحامى	الاستاذ / ماهر فريد جندى
المحامى	الاستاذ / عبد السلام السبع

فهرس العدد

الصفحة

تقديم :

للسيد الأستاذ عصمت الهوارى - سكرتير التحرير

١ - وكيل نقابة المحامين

أولاً : الأحكام

٣ • من قضاء المحاكم

ثانياً : الأبحاث

• جريمة القبض على الناس وحبسهم بدون وجه حق

دراسة فى قانون العقوبات وقضاء النقض المصرى

٨٢ للسيد الأستاذ / صلاح الدين جمال عبدالرحمن - المحامى

• آثار الحكم الصادر فى الدعوى الدستورية

٩١ للسيد الدكتور / عادل عمر شريف - المستشار المساعد بمجلس الدولة

• خواطر فى مجال العدالة

١١٣ للسيد الدكتور / أحمد رفعت خفاجى - المحامى

• الوسائل الحديثة لحسم المنازعات ذات العنصر الأجنبى

١٢٨ للسيد الدكتور / هشام خالد - المحامى

• دنيا العدل - المحاماة

١٧٥ للأستاذ / عبدالرازق شبيب - المحامى بالعراق

• الإعلانات القضائية ١٩٢

• فى رحاب الله ١٩٣

رقم الابداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة
أول شارع الجيش - القاهرة
تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات
في
كلمات

قال الامام علي بن ابي طالب رضي الله عنه :
لا خير في الصمت عن الحكم ، كما أنه لا خير في القول بالجهل .
★ ★ ★

وقال رضي الله عنه :
أشد الذنوب ما استخف به صاحبه .
★ ★ ★

وقال رضي الله عنه :
كفاك أدبا لنفسك اجتناب ما تكرهه من غيرك .
★ ★ ★

وقال رضي الله عنه :
للظالم من الرجال ثلاث علامات : يظلم من فوقه بالمعصية ، ومن دونه
بالغلبة ، ويظهر القوم الظلّة .
★ ★ ★

وقال رضي الله عنه :
يوم العدل على الظالم أشد من يوم الجور على المظلوم .
★ ★ ★

وقال رضي الله عنه :
أصدقاؤك ثلاثة ، وأعداؤك ثلاثة ، فأصدقاؤك صديقك ، وصديق
صديقك ، وعدو عدوك .. وأعداؤك ، عدوك ، وعدو صديقك ، وصديق
عدوك .
★ ★ ★

وقال رضي الله عنه :
لأنسبنا الاسلام نسبة لم ينسبها أحد قبلي ، فالاسلام هو التسليم ،
والتسليم هو اليقين ، واليقين هو التصديق ، والتصديق هو الإقرار ،
والإقرار هو الاداء ، والاداء هو العمل الصالح .

قالوا عن المحاماة

المحاماة

أن المحاماة عريقة كالقضاء ، مجيدة كالفضيلة ،
ضرورية كالعدالة ، ويكرس المحامي حياته لخدمة
الجمهور دون أن يكون عبدا له ، كما أن مهنة المحاماة
تجعل المرء نبيلاً عن غير طريق الولادة ، غنيا بلا مال ،
رفيعاً دون حاجة إلى لقب ، سعيداً بغير ثروة .

« روجيسو رئيس مجلس القضاء الأعلى بفرنسا في عهد
لويس الخامس عشر » .

تصدرها
نقابة
المحاميين
بجمهورية
مصر
العربية

المحاماة



العددان الثالث والرابع - مارس وأبريل ١٩٩٠ - السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

« إقرأ بسم ربك الذي خلق . خلق الإنسان من علق .
إقرأ وربك الأكرم . الذي علم بالقلم . علم الإنسان ما لم يعلم »
« صدق الله العظيم »

أركان الحسبة

للسيد الأستاذ / بدرت نوال محمد بدير
المحامي بالنقض

البطالة

للسيد الأستاذ / حسن شبريه
نقيب المحامين - بالفيوم

التعذيب جريمة عالمية ضد حقوق الإنسان

للسيد الأستاذ / محمد شكرى عبد الفتاح
المحامي

دور أجهزة الدولة في حماية المجنى عليه

للسيد الدكتور / زكى محمد النجار
أكاديمية الشرطة

حقوق الإنسان بين الفكر القانوني الوضعي والشريعة الإسلامية

للسيد الأستاذ / محمود صالح العادلى
مدرس القانون الجنائى المساعد - جامعة الأزهر

حماية الحرية في مواجهة التشريع دراسة في دستورية التشريعات المقيدة للحريات

للسيد الدكتور / وجدى ثابت غبريال - مدرس القانون
العام كلية الحقوق جامعة القاهرة - فرع بنى سويف

المحاماة - فن رفيع كتب قيمه

للسيد الأستاذ / عبد الرزاق شبيب
المحامي بالعراق

بحث في تزوير المحررات وفي تحديد معنى الرسمية في تطبيق نصوص التزوير في القانون الجنائى وفي ضوء ما استقر عليه قضاء النقض في مصر

للسيد الأستاذ / احمد جمعه شحاته - المحامي بالنقض

قوانين سرية تحكم مصر

أرأيت كيف ترك القانون سيئ السمعة من سوء الأثر .. لقد صار المواطن المصرى - فى ظل ذلك القانون - غريباً فى داره يتجرع الظلم والقهر .. فالقانون سيئ السمعة يرمى المواطنين بحجارة من تلفيق .. ويلقى بهم فى السجون بغير تحقيق .. وأحال المواطن إلى مسخ مشوه .. فتراه مسحوقاً مقهوراً .. مسلوبه إرادته .. ضائعة هويته .. ولا يملك من قضايا أمته خطاباً .. ١١

وإذا كان الناس فى مصر قد استهجنوا تلك القوانين سيئة السمعة واحتقرتها .. فقد حق للناس أن تدرك أن من القوانين ما هو محاط بسياج من السرية لا يعلم أحد عنها ما تحتويه من نصوص وأحكام .. ١١

وإذا كانت المادة ١٨٨ من الدستور القائم تنص على وجوب نشر القوانين فى الجريدة الرسمية خلال أسبوعين من يوم إصدارها ، وأن يعمل بها بعد شهر من اليوم التالى لتاريخ نشرها ، فإن مؤدى ذلك افتراض علم الكافة بما تحتويه تلك القوانين ، الأمر الذى يتعين أن تكون تلك القوانين على اتصال حقيقى بعلم الناس .. ١١

إن كارثة الكوارث أن تكون ثمة قوانين تحمل أرقاماً ولكن من المحذور تداولها بين الناس ، فإن سألت عن أحداها أو عن موضوعها ، فلا سميع يسمعك ولا مجيب يجيبك .. فالكتمان يحاصر تلك القوانين ، والسرية تنسف حق الناس فى أن تعرف ما تحتويه .. ١١

لقد تحققنا من هذه الظاهرة الخطيرة عند اعداد الملحق التشريعى السنوى . وكانت الفجيرة أن عدداً من القوانين قد استحالت علينا نشرها لأنه لم تنشر إلا فى نسخة أو نسختين من الجريدة الرسمية .. ومن هنا يكمن الخطر فى أن يحاكم إنسان بقانون لا يعلم عنه شيئاً .. إننا نطالب المسئولين فى هذا البلد أن يحققوا للناس علمهم بالقانون .. فلا خير فى وطن تحكمه قوانين سرية لا يعلم المواطن عنها شيئاً .. ١١

عصمت الهوارى

وكيل النقابة
وسكرتير التحرير

تعلمنا من تقاليدنا أن القضاء هو أمننا . وهو
حصننا . ولقد ظل في مصر - حتى الآن - أملنا
وحصننا . وهو في ذات الوقت أمان للجائهم
وحرصن له .

الاستاذ الجليل النقيب
أحمد الخواجه



من قضاة المحاكم

مبادئ النقض في المواد المدنية

الطعن بالنقض :

رفع الطعن بطلب أودع قلم كتاب المحكمة توافرت فيه بيانات صحيفة الطعن . لا بطلان . علة ذلك

(الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٥٧ ق " أحوال شخصية " - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

مسائل الولاية على المال :

مباشرة الوصى تصرفات معينة دون إذن المحكمة بالمخالفة للمادة ٣٩ من المرسوم بقانون ١١٩ لسنة ١٩٥٢ . إعتباره متجاوزاً حدود نيابته القانونية عن القاصر . مؤدى ذلك . بطلان التصرف بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر . أثره للنائب عنه طلب إبطال التصرف للقاصر ايضاً مباشرة طلب الإبطال خلال الثلاث سنوات التالية لليوم الذى يزول فيه سبب نقص الأهلية . مادتان ١١٩ ، ١٤٠ مدنى مثال .

(الطعن ١٣١٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

مسائل التطليق

أولاً : بالنسبة للمسلمين :

وجوب الالتجاء الى التحكم قبل التطليق للضرر شرطه . أن يتكرر من الزوجة طلب التفريق لاضرار الزوج بها بعد رفض طلبها الأول مع عجزها عن اثبات ما تتضرر منه . م ٢٥ ق ٦ لسنة ١٩٢٩ .

(الطعن رقم ٢٨ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

التطليق للضرر . وجوب اثباته طبقاً لأرجح الأقوال فى مذهب أبى حنيفة رغم أنه منقول من مذهب مالك .

(الطعن رقم ٢٨ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

أحوال شخصية

تدخل النيابة :

موضوع الدعوى . تعلقه ببحث حقيقة العقد ووصفه القانونى باعتباره بيعاً متجزاً أو تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت . قرينة المادة ٩١٧ مدنى . عدم تعلقه بمسائل الأحوال الشخصية . علة ذلك . النزاع حول رجوع المورث عن الوصية . لازمه . تطبيق قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦ . أثره . وجوب تدخل النيابة العامة وإلا كان الحكم باطلاً .

(الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

وجوب تدخل النيابة العامة فى قضايا الأحوال الشخصية مناطه . ق ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ . تعلق النزاع بصحة الوصية أو نفاذها فى حق الورثة أو رجوع المورث عنها . ق ٧١ لسنة ١٩٤٦ عدم تدخل النيابة العامة فيه . أثره بطلان الحكم .

(الطعن رقم ١٣٥٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

مسائل الاجراءات :

الاجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف . خضوعها لأحكام قانون المرافعات فيما عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين الأخرى المكملة لها . م ٥ ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ (مثال بشأن تحديد الأشخاص الواجب اختصاصهم فى الطعن على الحكم الغيابى بطريق المعارضة) .

(الطعن رقم ٤٤ لسنة ٥٥ ق " أحوال شخصية " - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

باقى الملاك من الالتزام بها . م ١٠١٨ مدنى .

(الطنن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)
(نقض ٧٩/٥/٢٥ من ٢٧ أص ١١٧٦ ، ٨٣/١/٢٧ ، الطعن ٢٣٠ لسنة ٥٢ ق)
(نقض ٨٦/٢/٦ الطعن ٢٤٨٦ لسنة ٥٢ ق ، ٨٦/١/٣٠ الطعن ٨١٥ لسنة ٥٣ ق)

قيود البناء - الاتفاقية . ماهيتها . مخالفة بعض الملاك لها . أثره . تحال باقى الملاك من الالتزام بها .

(الطعن رقم ٩٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

إرث

الوارث . اعتباره من الغير بالنسبة لتصرفات المورث الصادرة تحايلا على قواعد الإرث لحرمانه من الميراث . حقه فى الطعن عليها . الصورية النسبية ولو كانت مسجلة علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٥١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ من ٢٧ أص ١٣٩١)

أحكام الارث المتعلقة بقواعد التوريث وأحكامه . تعلقها بالنظام العام . عدم جواز التحايل عليها تصرفات المورث المنجزة حال صحته لأحد ورثته صحيحة ولو قصد بها حرمان بعض الورثة من الميراث علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٦٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)
(نقض جلسة ١٩٧٠/٢/٣١ من ١٢١ أص ٥٣١ ، ١٩٧٠/٤/٢٠ من ٢١ أص ٧٣)
(نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٧ من ٢٣ أص ٢٩٨ ، ٧٢/٥/٢ من ٢٣ أص ٧٩٠)

تصرف المورث الوارد فى المادة ٩١٧ مدنى مقصودة شراء المطعون عليهم عقار النزاع من غير المورث . أثره عدم سريان حكم تلك المادة عليه . لا يؤثر فى ذلك تبرع المورث بما استحق على أولاده القصر من ثمن البيع .

القضاء بالتطليق لغيبة الزوج الى جهة غير معلومة اعمالا للمادتين ١٢ ، ١٣ من المرسوم بقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ . صحيح .

(الطعن رقم ٨٤ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " .. جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

ثانيا : بالنسبة لغير المسلمين :

مجموعة الأقباط الأرثوذكس . عدم تقييدها الشهادة على الفرقة بأى قيد أثره . للمقاضى قبول الشهادة ولو كانت سماعية متى أطمأن اليها .

(الطعن رقم ١٢٨ لسنة ٥٧ ق " أحوال شخصية " - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

المتعة :

النص فى المادة السابعة من القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ . سريانه على المراكز القانونية التى تكونت فى ظل العمل بالقرار بقانون ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى قضى بعدم دستوريته طالما لم يصدر بتقريرها أحكام حائزة لقوة الأمر المقضى . مثال فى متعة .

(الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥٦ ق " أحوال شخصية " ١٩٨٨/١٢/٢٠)

تقدير المتعة وتقسيم سداد ما هو محكوم به من سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها فى ذلك من محكمة النقض طالما لم ينزل الحكم بها عن الحد الأدنى فى تقديرها بنفقة سنتين على الأقل .

(الطعن رقم ٧٥ لسنة ٥٦ ق - أحوال شخصية " جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

ارتفاع

قيود البناء - الاتفاقية . ما هيته . اعتبارها حقوق ارتفاع متبادلة لفائدة جميع العقارات التى تقام فى حى معين . مخالفة بعض الملاك لها . أثره . تحلل

٩٥ لسنة ١٩٤٥ . اختلافه عن الاستيلاء المؤقت وفقا لقانون نزع الملكية للمنفعة العامة . المدة في الحالة الأولى غير محددة ابتداء ولا تنتهى الا بصدر قرار من وزير التموين .

(الطعن رقم ١١٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)
(قانون نقد جلسة ١٩٦٧/٦/٢٩ من ١٨ ع ٢ ص ١٣١٠)

أشياء فاقده

الشيء الضائع . ما هيته . ضياع الشيء من ماله يتحقق بخروجه من حوزته ولم تعدله سيطرة عليه .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

المكافأة عن الشيء الضائع . ثبوت الحق لمن عثر عليه طلب إسترداده بدون النظر لما أصاب صاحب الشيء من ضرر . علة ذلك .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

إستحقاق المكافأة لمن عثر على شيء ضائع وسلمه إلى الجهة المختصة شرطه . أن يكون للشيء قيمة مالية قابلة للتقدير .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

(الطعن رقم ٢٠٠١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

أصلاح زراعى

الدعوى الناشئة عن ايجاد الاراضى الزراعية . شرط قبولها . ايداع نسخة من عقد الايجار الجمعية التعاونية الزراعية . العقود المحررة فى تاريخ سابق على العمل بالقانونين ١٧ لسنة ١٩٦٣ ، ٥٢ لسنة ١٩٦٦ . عدم خضوعها لهذا القيد . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٦٦٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

(نقض جلسة ١٩٨٧/١١/٢ من ٢٨ ص ١٥٩٧ ، جلسة ١٩٨٦/١/١٤ - الطعن ١٠١٧ لسنة ٥٢ ق)

(الطعن رقم ٢٠٦٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٠/٤/٣٠ من ٢١ ص ٧٣٥)

قربنة المادة ٩١٧ مدنى . شرط قيامها . لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التحقق من توافرها .

(الطعن رقم ٤٠٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٧ من ٣٢ ص ٥٣٩)

وضع اليد بالتقادم الطويل من مسائل الواقع . استقلال قاضى الموضوع بتقديره . دون رقابة من محكمة النقض طالما كان سائغا . ليس فى القانون ما يحرم على الوارث أن يمتلك بالتقادم نصيب غيره من الورثة متى استوفى وضع يده الشرائط الواردة بالقانون .

(الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض ٨٠/١٢/١٨ من ٣١ ع ٢ ص ٨١/١٢/١٤٠٢٠٥٣ من ٣٢ ع ٢ ص ٢٢٨٢)

(نقض ١٩٧٩/٦/٤ من ٢٣٠ ع ٢ ص ١٩٨٢/١٢/٢٠٠٥٣٩ - الطعن ٢٠٦١ لسنة ٥٣ ق)

شهر حق الإرث ليس شرطا لانتقال الحقوق العينية العقارية للورثة . عدم الشهر . جزاؤه . منع شهر تصرف الوارث دون منع التصرف ذاته .

(الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

إشهاد الوفاة والوراثه حجة ما لم يصدر حكم على خلافه . م ٣٦١ من اللائحة الشرعية . لكل ذى مصلحة فى الطعن عليه طلب إبطاله سواء فى صورة دفع دعوى قائمة أو باقامة دعوى مبتدأه .

(الطعن رقم ٢٩ لسنة ٥٣ ق - أحوال شخصية - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

استيلاء

الاستيلاء الحاصل لاغراض التموين وفقا للقانون

(نقض جلسة ٦٧/١١/٧ من ١٨ ع ٤ ص ١٦١١)

(نقض جلسة ٧٤/١/١٤ من ٢٥ ص ١٥١)

افلاس

بطلان تصرفات المدين المفلس وفقا للمادة ١/٢٢٨ من قانون التجارة . شرطه أن يصدر التصرف خلال فترة الرتبة وأن يعلم المتصرف اليه - باختلال انتحال المدين المقصود بالبطلان في معنى هذه المادة عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين .

(الطعن رقم ٢٤٥٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٩)

(نقض جلسة ١٩٨٦/٣/٣١ - الطعن رقم ١٨٥٣ لسنة ٥٠ ق)

(نقض جلسة ١٩٦٩/٤/١ من ٢٠ ع ٢ ص ٥٥٠)

١- التوقف عن الدفع . م ١٩٥ تجارى . هو الذى ينبئ عن مركز مالى مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر بما يعرض حقوق الدائنين للخطر . مجرد الأمتناع عن الدفع . لا يعتبر توقفا بالمعنى السالف . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٥٠٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٣١ من ٣٤ ص ٣٦١)

٢- الدين الذى يشهر الافلاس عند التوقف عن دفعه . شرطه خلوه من النزاع . الفصل فى طلب الافلاس يوجب على محكمة الموضوع ان تعرض لجميع المنازعات التى يثيرها المدين حول صحة الدين لتقدير مدى جديتها .

(الطعن رقم ٢٥٠٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٦٤/٤/٩ من ١٥ ص ٥٣١)

٣- دعوى الافلاس . تقدير مدى جدية المنازعة فى الدين وحالة الوقوف عن الدفع . من سلطة محكمة

قرارات لجان الفصل فى المنازعات الزراعية الصادرة فى حدود اختصاصها . لها حجية امام المحاكم . شرط ذلك

(الطعن رقم ٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٥ - الطعن ٤٣١ لسنة ٤٩ ق)

الاراضى المستولى عليها بمقتضى قانون الاصلاح الزراعى . إعتبارها مملوكة للدولة من تاريخ قرار الاستيلاء النهائى . عدم انتقال ملكيتها الى من وزعت عليهم الا بتسجيل عقود بيعهم . القضاء بتثبيت ملكية المطعون عليها لتلك الأرض تأسيسا على وضع اليد المدة الطويلة المكسبه للملكية . خطأ فى القانون م ٩٧ مدنى المعدلة .

(الطعن رقم ٦٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢١ من ٣٣ ص ٩٩٠)

وزير الزراعة هو صاحب الصفة فى تمثيل الهيئة العامة للاصلاح الزراعى أمام القضاء باعتباره رئيس مجلس ادارتها . قرار رئيس مجلس الوزراء ٤١٩ لسنة ١٩٨٤ .

(الطعن رقم ٤١١ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

جواز نقل ملكية ما لم يستول عليه من الاطيان الزراعية الزائدة عن مائتى فدان الى صغار الزراع طبقا للمادة ٤٥ من المرسوم بقانون ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . شرطه . أن تكون حرفة المتصرف اليه منهم الزراعة . عدم جواز التصرف فيها إلا لصغار الزراع أيضا . المادة ٤ مكرر ق ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، التفسير التشريعى رقم ٨ لسنة ١٩٦٣ . مؤدى ذلك . وجوب أن يكون المتصرف اليه بالفاسن الرشد .

(الطعن رقم ١٢٦٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الموضوع . مداها . اقامة قضائها على اسباب سائغة
تكفى بحمله .

حوالة الحق . ما هيته . وجوب مراعاة القواعد
العامة في اثباتها .

(الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(الطعن رقم ٢٥٠٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

(نقض جلسة ٢٩/١٠/٧٩ س ٣٠ ص ١٠)

حوالة الحق . أثرها . انتقاله بصفاته ودفعه
وتوابعه من المحيل الى المحال اليه . الدعاوى التي
تؤكد الحق .

التزام

اوصاف الالتزام:

الشرط الفاسخ الصريح:

الشرط الفاسخ الصريح . اختلافه حقيقة وحكما
عن الشرط الفاسخ الضمني . وجوب أن يكون صيغته
قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ من تلقاء نفسه بمجرد
حصول المخالفة الموجبة له . خضوع الفسخ بموجب
الشرط الضمني لتقدير القاضي . أثر ذلك .

(الطعن رقم ٤١٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٣/٥/١٩٨٢ س ٣٣ ص ٥١٧)

قابلية الالتزام للانقسام:

عدم تحديد نصيب كل من الدائنين أو المدينين
سواء بمقتضى الاتفاق أو فى القانون . أثره . انقسام
الالتزام عليهم بحسب الرؤوس أو بأنصبه متساوية .

(الطعن رقم ٢٤٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ٩/٣/١٩٧٢ س ٢٣ ص ٣٦٤)

انتقال الالتزام:

حوالة الحق:

حوالة الحق . أثرها . انتقال الحق بصفاته
ودفعه وتوابعه ومنها الدعاوى التي تؤكد .

(الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٦/٥/١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٣٦٢)

اعتبارها من توابعه . دفاع الطاعن باحالة الحق
إليه بصفته . جوهرى . أغفال الحكم التعرض له .
قصور .

(الطعن رقم ١٠٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ١٦/٥/١٩٧٨ س ٢٩ ص ١٢٦١)

نفاذ حوالة الحق فى حق المدين . كفاية الاعلان
بأية ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين تشتمل على
ذكر وقوع الحوالة وشروطها - الاساسية م ٣٠٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٨٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٦/٥/١٩٧٨ س ٢٩ ع ١ ص ١٢٦١)

(نقض جلسة ٢٤/٥/١٩٧٦ س ٢٧ ع ١ ص ١١٧١)

حوالة البائع عقد ايجار العين المباعة الى المشتري
ونفاذها فى حق المستأجر باعلانه بها . أثره للمشتري
حق اقامة دعوى الاخلاء للتأجير من الباطن . دون
حاجة لاختصاص البائع المحيل . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

أعلان المدين بالحوالة حتى تنفذ فى حقه . جواز
الاعلان بأى ورقة رسمية تعلن بواسطة المحضرين
تشتمل على ذكر وقوع الحوالة وشروطها الاساسية .
أعلان صحيفة الدعوى المقامة من المحال له على المدين
للمطالبة بالحق المحال به . اعتباره اعلانا تنفذ به

الحالة في حق المدين . م ٣٠٥ مدنى .

(نقض جلسة ٢٩/١١/١٥ م ٣٠ ص ٢٧)

التنفيذ بطريق التعويض :

حلول التنفيذ بطريق التعويض محل التنفيذ
العينى متى كان مستحيلا أو مرهقا للمدين . مؤداه
عدم جواز الجمع بينهما . تأخر المدين فى تنفيذ
التزامه عيناً . لا يخل بحق الدائن فيما يجب له من
تعويض عن الأضرار المترتبة على هذا التأخير فضلاً
عن التنفيذ العينى .

(الطعن رقم ١٣٩٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٥)

العدول عن التنفيذ العينى الى التعويض النقدي
رخصة لقاضى الموضوع . شروطها . تقدير مدى
الارهاق الذى سيصيب المدين نتيجة تنفيذ التزامه
عيناً . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٥)

(نقض ٧٩/٦/٢٠ م ٢٠١ ص ٧٠١ . ٧٩/٤/٥ م ١٧ ص ٢٩٧)

(نقض ٦٦/٢/١ م ١٧ ص ٢٠١ . ٥٧/٣/٢١ م ٨ ص ٢٦٥)

الحق فى الحبس :

حق المشتري فى حبس الثمن . مناطه . وجود سبب
جدى يخشى منه نزع المبيع من تحت يده . م ٢/٤٥٧
مدنى . تقدير جدية هذا السبب . استقلال محكمة
الموضوع به متى اقامت قضاها على اسباب سائغة
تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٤٧٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ٨٢/١١/١٨ م ٣٣ ص ٩٣٤)

التزامات المستأجر :

علم المستأجر بحلول مشتري العقار محل البائع
فى عقد الايجار والتزامه بدفع الأجرة . مناطه . انتقال
الملكية اليه .

(الطعن رقم ١٩٣٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١/٥ م ٢٧ ص ١٣٢)

نفاذ الحالة فى حق المدين . شرطه . م ٣٠٥ مدنى

(الطعن رقم ٢٣٨٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

(الطعن رقم ٢٠٠ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٧٨/٥/١٦)

(نقض جلسة ٧٨/١١/٨ م ٢٩ ع ٣ ص ١٦٩٤ .
٧٦٥/٥/٢٤ م ٢٧ ع ٢ ص ١١٧١)

تنفيذ الالتزام :

منح المشتري أجلاً للوفاء من اطلاقات قاضى
الموضوع حسبما يراه من ظروف كل دعوى .
م ٢/١٥٧ مدنى .

(الطعن رقم ١٨٧٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(م نقض جلسة ١٩٦٩/١٢/٢٣ م ٢٠ ص ١٢٩٦)

حظر التعهد المقوم بعملة أجنبية - ق ٨٠ لسنة
١٩٤٧ . شرطه . صدور التعهد فى مصر . التعهد
الصادر فى الخارج . شرط تجريمه . تنفيذ التعهد المقوم
بعملة أجنبية . عدم خضوعه للقانون ٨٠ لسنة
١٩٤٧ إلا فى حدود ما قرره المادة الخامسة منه .

(الطعن رقم ١٧٦٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٧/٢٦ م ٢٨ ص ١٥٥٦)

الاعذار :

وجوب اعذار المدين قبل التنفيذ العينى الجبرى .
م ١/٢٠٣ مدنى مفاده . عدم لزوم الاعذار قبل
التنفيذ الذى يتحقق بحكم القانون بغير تدخل المدين
كآلشان فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع .

(الطعن رقم ١٠٧٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ٧٥/٢/٢٥ م ٢٦ ص ٤٧٨)

(الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/٣٠ من ٢٨ ص ٨٧٧)

للترخيص ببعض أنواع المباني - هي اصدار ترخيص البناء . الترخيص الصادر فى ظل القانون ١٠٧ لسنة ١٩٧٦ قبل تعديله بالقانونين ٢ لسنة ١٩٨٢ ، ٣٠ لسنة ١٩٨٣ . بقاؤه محكوما بهذا القانون .

(الطعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

تقدير قيمة المباني بمبلغ خمسين ألف جنيه كشرط للاكتتاب فى سندات الاسكان مناطها . القيمة التى يصدر الترخيص على أساسها دون تكلفتها الفعلية .

(الطعن رقم ١٣٧٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

التصاق

دعوى صحة التعاقد . ما هيتهها . عدم تسجيل البائع عقد شرائه . وجوب اختصاص المشتري البائع للبائع له والا كانت دعواه غير مقبولة . حق القرار . لا ينشأ ولا ينتقل الا بالتسجيل . المادة التاسعة من قانون الشهر العقارى . ملكية المنشآت قبل تسجيل سند البائع لبائع الأرض بحكم الألتصاق .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/٢٥ من ٣٣ ع ١ ص ٦٣٢)

سكوت صاحب الأرض عن طلب ازالة المنشآت المقامة على أرضه خلال سنة . أثره . سقوط حقه فيه . م ٩٢٤ من القانون المدنى . الطلب فى معنى هذه المادة مقصوده . رفع الدعوى .

(الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٥/٧٤ من ٢٥ ص ١٢٦٥)

حساب الميعاد المقدم بالأيام أو بالشهور أو بالسنين . بدؤه من نهاية يوم حدوث الأمر المجرى للميعاد . انتهاءه . بنهاية اليوم المماثل له فى الشهر

اخلال المؤجر بالتزامه بالامتناع عن كل ما من شأنه أن يحول دون انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة . م ٥٧١ مدنى . للمستأجر طلب التنفيذ العينى أو بطريق التعويض .

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٥)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٥/١٧ - الطعن رقم ٧٢١ لسنة ٥٣ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٦/٦/٣ - الطعن رقم ٢٠٥ لسنة ٥٣ ق)

انقضاء الالتزام

القوة القاهرة

شرطا توافر القوة القاهرة . عدم امكان توقع الحادث واستحالة دفعه . استخلاص توافرها . واقع تستقل محكمة الموضوع بتحصيل فهمه .

(الطعن رقم ١٩٣٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

(نقض ١٩٦٨/٢/١٩ من ١٩ ص ٥٥١)

بعض انواع الالتزامات

التزام الناقل البحرى

التزام الناقل البحرى التزام بتحقيق غاية . هي تسليم الشحنة كاملة وسليمة إلى المرسل إليه فى ميناء الوصول أيا كانت طريقة التسليم المتفق عليه .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

الالتزام بالاكتتاب فى سندات الإسكان

القوانين . سريان أحكامها من تاريخ نفاذها مالم ينص على سريانها باثر رجعى . الواقعة المنشئة للالتزام بالاكتتاب فى سندات الاسكان كشرط

(الطعن رقم ١١٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ٧٧١/٣/١٦ من ٢٨ ص ٦٩٧)

الغبن الفاحش في بيع عقار غير كامل الأهلية .
شرط . م ٤٢٥ مدني مؤداه الغبن في التعاقد . شرطه
م ١٢٩ مدني . إستغلال التعاقد طيشا بينا أو هوى
جامعا في التعاقد الآخر . مؤداه .

(الطعن رقم ٣٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

أوراق تجارية

الشيك السياحي . ما هيته . عدم وجود فارق
بينه وبين الشيك العادي إذا استوفى شرائطه القانونية
أثره إعتباره أداة دفع ووفاء ويستحق الاداء لدى
الإطلاع يغني عن إستعمال النقود في المعاملات .
وجوب حمله توقيعين أحدهما عند سحبه والاخر عند
صرفه . لا ينفي توافر قيمته المالية منذ سحبه أو وقت
العثور عليه . علة ذلك

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

(نقض جنائي ١٩٦٩/٥/١٩ من ٢٠ ص ٧١١)

الطائرة تعد مكانا عاما اثناء ارتياد الجمهور لها .
فقد الشيكات السياحية في الطائرة بسبب غير إرادى
من الطاعن مؤداه احقية من عثر عليها في إقتضاء
المكافأة دون التقيد بمدي أحقية الناقل الجوي في
الرجوع عليه أو بمدي احقية الطاعن في الرجوع علي
الشركة الناقلة وبإمكان صرف الشيكات لغير صاحبها
من عدمه .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

إيجار

إيجار الاماكن =

الذي ينتهى فيه الميعاد . أعتداد الحكم المطعون فيه
بيوم ١٩٧٨/١/٣٠ كتاريخ لعلم المطعون ضده
باقامة المنشآت وشخص من أقامها . مؤداه . انتهاء
ميعاد السنة في ١٩٧٩/١/٣٠ . مخالفة ذلك خطأ
في القانون .

(الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/٢٨ من ٢٩ ص ١٥٨٨)

أهلية

ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف
الدينية - مناطه . أعتراف الدولة بها . شرطه . صدور
ترخيص بها أو إذن خاص بقيامها . أعتراف الدولة
بطائفة الانجيليين الوطنيين . مؤداه . اعتبارها طائفة
واحدة بكافة شعبا وكنائسها اثره . اكتساب الشخصية
الاعتبارية والذمه الماليه اللازمه دون أى من كنائسها
أو المذاهب المتفرعة عنها التبرع أو الشراء لصالح
إحدى الكنائس أو الجمعيات انصراف أثره الى
الطائفة .

(الطعن رقم ١٥٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٣/٢١ من ٢٩ ص ٩١٧)

نيابة الوصى عن القاصر نيابة قانونية . تجاوز
الوصى حدود نيابته . أثره . عدم انصراف اثر التصرف
الى القاصر .

(الطعن رقم ٢٤٥٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٨)

الدفع ببطلان الاجراءات إمام محكمة أول درجة
لنقص أهلية أحد الخصوم دفع شكلى . عدم التمسك
به في صحيفة الاستئناف . أثره . سقوط الحق في
إبدائه . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ ق " هيئة عامة - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

حظر احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد دون مقتضى . م ٨/١ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .
المقصود بالمسكن . جواز اشتغاله على وحدتين لكل منهما عقد ايجار مستقل . شرطة اتجاء ارادة المتعاقدين الى اعتبارهما مسكنا واحدا . اغفال الحكم المطعون فيه التحقق من المتعاقدين خطأ .

(الطعن رقم ٣١١١ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

تقدير الاجرة :

القواعد الموضوعية والاجرائية المتعلقة بتقدير الاجرة الواردة في القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ .
اقتصار سريانها على الاماكن المرخص في اقامتها بعد العمل باحكامه في ١٩٨١/٧/٣١ . مؤداه القواعد الموضوعية بتقدير الاجرة في القوانين السابقة والقواعد الاجرائية المتعلقة بطرق الطعن في الاحكام الواردة في القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . استمرار سريانها على الامكان غير الخاضعة لاحكام تقدير الاجره بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

التأخر في سداد الاجرة :

الأجرة المستحقة على المستأجر .. ما هيئتها . م ١٨ ق ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . تخلف المستأجر عن سداد قيمة استهلاك المياه . اعتباره نكولا عن دفع الأجرة . خضوعه لذات أحكام التأخر في الاجرة .

(الطعن رقم ١٦٦٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٢/٢٨ س ٣٠ ع ١ ص ٦٥٦)

عقد الايجار :

عقد الايجار . عقد رضائي . خضوعه لمبدأ

الامتداد القانوني :

عقد ايجار المسكن . لا ينتهي بوفاة المستأجر أو تركه له . امتداده لصالح زوجه أو أولاده أو والديه المقيمين معه إقامة مستقرة حتي الوفاة أو الترك .
الانقطاع العارض عن الاقامة مهما استطالت مدته . لا يحول دون قيامها .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ ق " هيئة عامة " - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

تمسك ولدي المستأجر بأنهما لم يتخليا عن الاقامة بالشقة المؤجرة لوالدهما وحتى وفاته ، وان اقامتهما بمسكن آخر مع والدتهما بعد طلاقها كان بصفة مؤقتة رفض الحكم طلبهما بامتداد العقد اليهما استنادا الي انهما لم يقيما فيها بشخصيهما . قصور . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ ق " هيئة عامة " - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

احتجاز اكثر من مسكن :

حظر احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد بغير مقتضى . م ٥ ق ٥٢ لسنة ٦٩ ، ٨ ق ٤٩/١٩٧٧ . انصراف لفظ " البلد " الي المدينة أو القرية الواحدة وفقا للجداول المرفقة للقرار الجمهوري ١٧٥٥ لسنة ١٩٦٠ . لامحل لتحديد مدلول " البلد " طبقا لاحكام القرار الجمهوري ٤٩٥ لسنة ١٩٧٧ . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٨٤ لسنة ٥٦ ق " هيئة عامة " - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

حظر احتجاز الشخص أكثر من مسكن في البلد الواحد بغير مقتضى . مدلول " البلد " لا يتسع لأكثر من مدينة وقوع أحد المسكنين بمدينة الجيزة والآخر بمدينة القاهرة . خروجه عن نطاق الحظر .

محكمة الموضوع باستخلاص علم المستأجر . شرطه .

(الطعن رقم ٧٤٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

ب بنوك

جواز الاحتفاظ والتعامل بالنقد الأجنبي داخل البلاد فى نطاق الموارد الناتجة عن غير عمليات التصدير السلع والسياسة التى تستحق للقطاع الخاص طالما كانت هذه المتحصلات غير واجبه الاسترداد إلى ج . م . ع . أثره - جواز الوفاء من هذه الموارد عن طريق المصارف المعتمدة . مفاد ذلك . صحة الالتزام بالوفاء بالنقد الأجنبي . مناطه . أن يتضمن الالتزام بيان الوسيلة المصرفية المعتمدة التى يتم الوفاء من خلالها .

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق ، ١٩٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

بيع

الوعد بالبيع :

انعقاد الوعد بالبيع . شرطه . اتفاق طرفيه على المسائل الجوهرية للبيع الموعود به والمدة التى يجب فيها على الموعود اظهار رغبته فى الشراء لايبرام العقد

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٢٠ من ٢٨ ص ٨٦٥)

(نقض جلسة ١٩٧٣/٤/٢١ من ٢٤ ص ٦٤٩)

عقد البيع الابتدائي :

مشتري العقار بعقد غير مسجل . انصراف عقد الإيجار اليه شرطه أن يكون قد سجل عقده أو أحال البائع اليه عقد الإيجار وقبل المستأجر هذه الحزاة أو

سلطان الارادة فى حدود ما فرضته التشريعات من قيود . الأصل فى الارادة المشروعية . ما يلحقها من بطلان . مناطه .

(الطعن رقم ٣١١١ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

الأماكن المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة والمخصصة لإنتفاع الأفراد بها . أموال عامة . تصرف السلطة الادارية فيها لا يكون إلا على سبيل الترخيص المؤقت ومقابل رسم لا أجره . هذا الترخيص من الأعمال الادارية التى يحكمها القانون العام ولا تخضع للقانون الخاص أو القيود التى تفرضها قوانين ايجار الأماكن . الترخيص بشغل وحدات مبنى الهيئة العامة لميناء الاسكندرية بمحطة الركاب البحرية . عدم اعتباره عقد ايجار . مؤداه . عدم اختصاص لجان تحديد الأجره بتقدير القيمة الايجارية لتلك الوحدات .

(الطعن رقم ١٥٩٧ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

الدعاوى الناشئة عن عقد الإيجار :

دعوى المؤجر فى ظل القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ باخلاء العين المؤجرة كعيادة طبية لتنازل المستأجر عنها دون اذن كتابى صريح منه . صدور القانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨١ بتنظيم المنشآت الطبية أثناء نظر الاستئناف . أثره . عدم جواز الحكم بالاخلاء . علة ذلك . م . ٥ ق ٥١ لسنة ١٩٨١ .

(الطعن رقم ٣٨١ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

سريان الميعاد المخول للمستأجر الطعن خلاله على قرار تحديد الأجرة الصادر قبل استئجاره للعين . م ١٤ ق ٥٢ لسنة ١٩٦٩ . مناطه . العلم اليقيني بسبب صدور القرار وبأنه المستأجر الأول للعين . استقلال

(الطعن رقم ٢٥٨٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٥/٢٨ من ٣٠ ص ٤٦١)

عقد البيع . أثره . نقل منفعة المبيع منقولا أو عقارا الى المشتري من وقت تمام العقد ما لم يوجد اتفاق أو عرف مخالف . عدم تسجيل العقد . لا أثر له . م ٢/٤٥٨ مدنى . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

(نقض جلسة ١٩٧٣/١/٣ من ٧٣ ص ٢٤٤)

ثمار المبيع حق للمشتري من وقت انعقاد البيع طالما أن التزام البائع بالتسليم غير مؤجل سواء نقلت الملكية الى المشتري أم تراخى انتقالها اليه .

(الطعن رقم ٩٢٤٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ من ٢٨ ص ١٥٣٢)

بيع العقار بعقد غير مسجل . تبقى به الملكية للبائع ولورثته من بعده . بيع الوارث ذات العقار . صحيح . تسجيل المشتري من الوارث العقد قبل أن يسجل المشتري من المورث عقده . أثره . انتقال الملكية إلى الأخير . طالما أن المشتري من المورث لم يؤثر بدينه باعتباره دائنا للتركة على هامش تسجيل اشهاد الوراثة خلال سنة من تاريخ شهر حق الارث . مادتان ٩ ، ١٤ من القانون ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

بيع العقار بعقد غير مسجل . بنقل الملكية بالنسبة للعاقدين ومن ينوب عنهما . المادتان ٢٦٦ ، ٢٧٠ مدنى قديم . مؤدى ذلك . امتناع احتجاج البائع وورثته على المشتري بعدم التسجيل . أثره بطلان البيع الصادر من الورثة عن ذات العقار بعقد مسجل . علة ذلك .

أعلن بها . مؤدى ذلك . ليس له . قيل ذلك - أن يطالب المستأجر بشئ بالطريق المباشر . علة ذلك

(الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٢٥ من ٣٣ ص ٣٢٥)

عدم تسجيل المشتري عقده . أثره . بقاء العقار على ملك البائع . تصرف الأجير بالبيع فى ذات العقار . صحيح . العبرة فى انتقال الملكية بأسبقية التسجيل .

(الطعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ من ٢٨ ص ١٥٣٢)

وصف العقد بأنه ابتدائي - لا يحول دون اعتبار البيع باتا لازما متى دلت صيغته على التزام طرفيه بالوفاء بما التزما به على وجه قطعى لا يقبل العدول .

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٤٤/١٢/٢٦ مجموعة الربع قرن ص ٢١٤ قاعدة ٥٢)

عقد البيع غير المسجل . أثره . قضاء الحكم المطعون فيه برفض دعوى المشتري بطلب طرد الغاصب من العين المباعة والزامه بإداء الربع مدة الغصب بحجة أنه لم يكتسب ملكيتها بعد وأنه لم يضع يده عليها منذ شرائها خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ١٦٤٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٣/١/٣ من ٢٤ ص ٤)

(نقض ١٩٧٩/٥/٢٨ من ٣٠ ص ٤٦١ ، ٨٦/٢/٩ - الطعن

١٧٦٨ لسنة ٥٢ ق)

المشتري يعقد لم يسجل . دائن شخصى للبائع . له مطالبته بالتسليم ولو تراخى نقل الملكية الى وقت التسجيل القضاء بالتسليم للمطعون عليها الأولى دون بحث دفاع الطاعنين أن مورثهم اشترى أرض التداعى ووضعوا يدهم على جزء منها . قصور .

(الطعن رقم ١١٤٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١/٢٨ ص ٨٠ من ٣١ ص ٣١٨)

التزامات المشتري :

الوفاء بالثمن :

اعتبار ما يودعه المشتري خزانة المحكمة من مبالغ للوفاء بباقي الثمن مبرثا لذمته . شرطه . الا يعلق صرف هذه . المبالغ للبائع علي شرط لا يحق له فرضه . وفاء المشتري بدين علي البائع لمصلحة الضرائب وهيئة التأمينات الاجتماعية تنفيذاً لحجزين ادازيين موقعين منهما تحت يده وايداعه الباقي من الثمن خزانة المحكمة مشروطاً برفع هذين الحجزين . جائز .

(الطعن رقم ٢٦٩٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ ص ٢٩ من ١٣٢٨)

جواز وفاء المشتري بالثمن بالإيداع دون عرضه علي البائع وتعليق صرفه . شرطه . إمتناع البائع عن تنفيذ التزاماته . إيداع المشتري الثمن دون العرض وتعليق صرفه علي تنفيذ البائع التزاماته . صحيح ..

(الطعن رقم ٧٧٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

التزامات البائع :

الالتزام بضمان عدم التعرض للمشتري :

التزام البائع وورثته بضمان عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع أو منازعته فيه . التزام أبدى يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر . م ٤٣٩ مدني لا يمنع من اكتسابهم ملكية العين المبيعة بالتقادم بعد تاريخ البيع - متى توافرت شروطه .

(الطعن رقم ٢١٨٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٧)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١ ص ١٣١ ع ٢ ص ١٧٢٦)

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

بيع العقار بعقد غير مشهر . ينقل الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به أثره للمشتري انشاء حق ارتفاق على المبيع علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

آثار البيع . انتقال منفعة المبيع - منقولا أو عقارا - الى المشتري من تاريخ إبرام العقد ولو لم يسجل . مناطه عدم وجود اتفاق أو عرف مخالف .

(الطعن رقم ٦٨٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

ركن الثمن :

الثمن اعتباره ركناً أساسياً في عقد البيع لا يعنى اشتراط تعيينه بالفعل في العقد . كفاية قابليته للتعيين باتفاق المتعاقدين صراحة أو ضمناً على الاسس التي يحددها بمقتضاها فيما بعد المادتان ٤٢٣ ، ٤٢٤ مدني .

(الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ ص ٣١ من ٣٠٨)

تحديد ثمن المبيع . جواز تفويض الاجنبى في تقديره . التزام طرفي العقد به بحسابه وكيلا عنهما اعتبار العقد مستكملاً عناصره ومنها الثمن من تاريخ التفويض . م ١/٤٢٣ مدني .

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(قرب نقض جلسة ١٩٨٠/١/٢٨ ص ١٤٣١ من ٣٠٨)

(قرب نقض جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٩ - الطعن رقم ٧١١ لسنة ٥٤ ق)

ركن الثمن في عقد البيع . كفاية ان يكون قابلاً للتعيين سبيله . اتفاق الطرفين صراحة او ضمناً علي الاسس التي يحدد بمقتضاها .

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١١ س ٣١ ص ١٧٢٦)

الالتزام بتسليم المبيع :

تسليم المبيع تمامه بوضع المبيع تحت تصرف المشتري للانتفاع به دون حائل مع اعلامه بذلك ولو لم يستولى عليه استيلاء ماديا . علة ذلك . القضاء به للمشتري رغم براءة ذمة البائع منه خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

الالتزام بنقل الملكية :

تمسك البائع باستحالة تنفيذ التزامه بنقل الملكية الى المشتري لانتقال الملكية الى آخر قبل تسجيل صحيفة الدعوى أو قبل صدور الحكم فيها . عدم اعتباره تعرضا منه للمشتري .

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٠/٣/٣ س ٢١ ص ٣٢١)

ضمان العيوب الخفية :

دعوى ضمان العيب الخفى . تقادمها بمدة سنة من تاريخ تسليم المبيع عدم جواز الاتفاق على مدة أطول أو أقصر للتقادم . علة ذلك . أقرار المشتري بمعاينة المبيع عند تسلمه المعاينة النافية للجهاالة لا يمنع من طلب الفسخ للعيب الخفى .

(الطعن رقم ١٤٧٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٥)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/٣١ - الطعن رقم ٥٣٧ لسنة ٥٢ ق)

(نقض جلسة ١٩٧٠/٤/١٣ س ٢١ ع ٢ ص ٩٩٧ ، ١٤/٦/٩٢ س ١٣ ع ٢ ص ٨٠٨)

أعتبار العيب خفيا . شرطه . استخلاص وجود عيب خفى فى المبيع وتقدير علم المشتري به واهماله فى كشفه والاختار عنه خلال مدة معقولة . من

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري سجل العقد أم لم يسجل . علة ذلك . فشل البائع فى منع تعرض الغير للمشتري ، وجوب تنفيذ التزامه بالضمان عن طريق التعريض .

(الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٤/٢٩ س ٢٦ ع ١ ص ٨٤٤)

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري . التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاده الا اذا توافرت له بعد البيع شروط التقادم المكسب . م ٤٣٩ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ س ٣١ ع ٢ ص ١٧٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠ - الطعن ٢١٢٩ لسنة ٥٢ ق)

التزام البائع بضمان التعرض القانونى . شرطه . عدم الاتفاق على اعفاء البائع منه صراحة أو ضمنا . شهر قرارى نزع الملكية وورودهما بسند ملكية البائعين . لا يستفاد منه وجود مثل هذا الاتفاق .

(الطعن رقم ١٥٥٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

(الطعن رقم ٢١٥٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٥/٤/٢٨)

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري . التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع ولو لم يشهر . انتقال هذا الالتزام من البائع الى ورثته فيمتنع عليهم منازعة المشتري إلا اذا توافرت لديهم بعد البيع شروط وضع اليد على العقار البيع المدة المكسبة الملكية . دفعهم دعوى المشتري بصحة ونفاذ البيع بالتقادم المسقط . منازعة ممتنعة عليهم قانونا . دفعها بالتقادم المكسب قبل نقل الملكية للمشتري . دفع بالتقادم المسقط ولا يعتد فى حساب التقادم الا بمدته التالية لنقل الملكية والتسليم

مسائل الواقع استقلال محكمة الموضوع بتقديرها .

(الطعن رقم ١٨٢٩ ، لسنة ١٨٧٠ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

نقض جلسة ١٤/٦/٦٢ س ١٣ ص ٨٠٨

دعوى صحة التعاقد :

تمسك المدعى في دعوى صحة التعاقد بالحكم الصادر ضد من آل اليه حق عيني على العقار المبيع من البائع تحققه سواء بالتأشير بمنطوق الحكم أو بشهر الحكم كاملاً يستوى أن يكون الحكم فاصلاً في موضوع النزاع أو مقتصرًا على التصديق على محضر الصلح . علة ذلك .

(الطعن رقم ٩٥٦ ، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع ، مقصودها . تمسك المشتري قبل البائع له بتملك المبيع بالتقادم بضم مدة وضع يد سلفه الى وضع يده هو . غير جائز . امكان تمسكه به قبل غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له مؤدى ذلك طلب المشتري قبل البائع له صحة ونفاذ عقد البيع الصادر منه وقبل غيره تملكه العقار المبيع بالتقادم . لا تناقض .

(الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٤/٤/١٩٨١ س ٣٢ ص ١١٢٢)

(نقض جلسة ٢٨/٢/١٩٧٨ س ٢٩ ص ٦١٥)

إقامة المشتري دعوى صحة ونفاذ العقد ضد البائع له . لا يعد اقراراً منه بتنازله عن التمسك بالتقادم قبل الغير بضم مدة حيازة سلفه البائع له الى مدة وضع يده .

(الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(الطعن رقم ١٤٨٧ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

تكييف الخصوم للدعوى . لا يتقيد محكمة الموضوع . التزامها باعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها الصحيح . العبرة في الطلبات بحقيقة المراد منها . طلب بطلان أو ابطال عقد بيع لصدوره من غير مالك . حقيقته . طلب بعدم نفاذه في حق مدعى الملكية .

(الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

دفع دعوى صحة التعاقد يتخلف المشتري عن الوفاء . بالثمن لا يقبل الا من أحد طرفي العقد .

(الطعن رقم ٥٧٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

دعوى صحة التعاقد . ما هيئتها ، عدم تسجيل البائع عقد شرائه وجوب اختصاص المشتري للبائع له والا كانت دعواه غير مقبولة . حق القرار . لا ينشأ ولا ينتقل الا بالتسجيل . المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري . ملكية المنشآت قبل تسجيل سند الباني لبائع الأرض بحكم الالتصاق .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)

(نقض جلسة ١٥/٢/١٩٨١ س ٣٢ ع ١ ص ٦٣٢)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . ما هيئتها . أجابة المشتري الى طلبه . شرطه أن يكون البائع مالكا حتى يكون انتقال الملكية الى المشتري ممكناً .

(الطعن رقم ١٢٠٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٤/٤/١٩٨١ س ٣٢ ص ١١٢٢)

دعوى صحة التعاقد . ماهيتها . اتساعها لبحث كل ما يثار فيها بشأن بطلان العقد .

(الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٢/٤/١٩٧٣ س ٢٤ ص ٥٩٦)

(الطعن رقم ١٣٧٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ٧١/١١/١٥ من ٢٢ ص ١١٣٥)

عدم تقديم شهادة مصلحة الضرائب بسداد رسم الايلولة في دعوى صحة ونفاذ عقد بيع صادر من وارث العقار لا يحول دون الحكم بصحة العقد ونفاذ مادامت قد توافرت شروطها . علة ذلك . محل لاعمال الحظر الوارد في المادة ق ١٤٢ بغرض رسم الايلولة على التركات على أحكام المحاكم .

(الطعن رقم ٩٩٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

دعوى صحة التعاقد - ما هيتهها . عدم تسجيل البائع عقد شرائه . وجوب إختصاص المشتري البائع له .

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع مقصودها . القضاء بعدم قبول الدعوى لعدم تسجيل البائع عقد شرائه هو لا يتعلق بدفع شكلى موجه الى اجراءات الخصومه وإنما بالصفة والمصلحة والحق فى رفع الدعوى . إستنفاد المحكمة بإصداره ولايتها فى الفصل فى الدعوى . مؤدى ذلك التزام محكمة الاستئناف بالفصل فى موضوع الدعوى فى حالة الطعن فى الحكم لديها .

(الطعن رقم ٩٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

(نقض جلسة ٨١/١٢/١٠ من ٣٢ ص ٢٢٥٦)

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . ما هيتهها

(الطعن رقم ٧٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

تزامم المشترين :

المفاضلة عند التزام المشترين بشأن عقار واحد . أساسها . الاسبقية فى الشهر . شرط ذلك كون المتصرف واحدا . التزام مشترين من بائعين أحدهما

دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . ما هيتهها . وجوب بحث ما يثار من منازعات فيها بشأن الملكية وبحث ما يثار فيها من أسباب تتعلق بوجود العقد أو انعدامه أو صحته أو بطلانه .

(الطعن رقم ٦٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١/١٩ من ٣٤ ص ٢٥٨ ، ٨١/١٢/١٠ من ٢٢ ص ٢٢٥٦)

دعوى صحة ونفاذ . عقد البيع . ماهيتها وجوب بحث ما يثار فيها من منازعات بشأن ملكية البائع للمبيع كله أو بعضه . لايجاب المشتري الى طلبه الا اذا كان انتقال الملكية اليه وتسجيل الحكم الصادر فيها ممكنين . مؤدى ذلك . تمسك الخصم المتدخل بشرائه العقار من ذات البائع بموجب عقد سجل أو اتخذت اجراءات تسجيله . الحكم بصحة عقده مانع من العودة الى الادعاء ببطلانه أو بطلان تسجيله فى دعوى تاليه .

(الطعن رقم ١٩٩٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ٦٦/٤/٢١ من ١٧ ص ١٩٩)

(نقض جلسة ٧٠/٣/٣ من ٢١ ص ٣٢١)

(نقض جلسة ٨٤/٢/١٤ - الطعن ٤٤ لسنة ٤٩ ق)

دعوى صحة التعاقد . ما هيتهها . الفصل فيها لا يستلزم بحث تحقق شرط خارج نطاق التعاقد ما لم يرد قيد فى القانون بذلك .

(الطعن رقم ٩٩٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

دعوى صحة التعاقد . عدم اعتبارها من الدعاوى التى لا تقبل التجزئة الا اذا كان محل العقد غير قابل لها بطبيعته أو بحسب قصد طرفيه . مؤداه . لمحكمة الموضوع بحث دعوى المشتري فى حدود القدر المملوك للبائع دون حاجة الى تعديل طلباته الى القدر الاقل .

الحالة التي كانا عليها قبل العقد . مؤدى ذلك . تقادم دعوى الفسخ بمضى خمسة عشر عاما . أثره . للبائع أن يطالب خلال هذه المدة بشمار المبيع مثال .

(الطعن رقم ١٠٣٠ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

بطلان البيع :

الاثر الرجعى لبطلان البيع أو ابطاله أو فسخه . مؤداه . إعادة المتعاقدين الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ومنها رد المبيع الى البائع . شرطه . الا تكون ملكية المبيع قد الت الى المشتري بسبب آخر من أسباب كسب الملكية .

(الطعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

تصرف المالك بالبيع بالمخالفة للمادة ٨٢ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أو المادة ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . جزاؤه . بطلان التصرف اللاحق بطلانا مطلقا تعلقه بالنظام العام . سبق صدور حكم جنائى نهائى بذلك . لا محل له . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(قرب نقض جلسة ٨٢/١١/١٠ ص ٣٣ ص ٨٨٧)

بطلان بيع الوفاء . شرطه . احتفاظ البائع بحق استرداد المبيع خلال فترة معينة . م ٤٦٥ مدنى . ادراج هذا الشرط فى ذات عقد البيع غير لازم . جواز اثباته فى ورقة لاحقه متى توافرت المعاصرة الذهنية التى تربطه بالبيع . استظهار شرط المعاصرة الذهنية بين البيع وحق البائع فى استرداد المبيع فى بيع الوفاء . من مسائل القانون .

خضوعه لرقابة محكمة النقض .

مالك والاخر غير مالك . المفاضلة لمن تلقى الحق من المالك ولو لم يسجل عقده ..

(الطعن رقم ٦٧٠ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٦)

(الطعن رقم ٣٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/١٢)

السبب الصحيح المؤدى لكسب ملكية العقار بحيازته خمس سنوات مع حسن النية م ٩٦٩ مدنى . ما هيته . عدم جواز تمسك المشتري المتزاحمين أحدهم قبل الآخر بتملك العقار المبيع بالتقادم الخمسى طالما كان البائع لهم واحدا .

(الطعن رقم ٢٢٧٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٢ ص ٣٣ ص ١٦٢)

المفاضلة عند تزاحم المشتري بشأن عقار واحد أساسها . الاسبقية فى الشهر ولو نسب إلى المشتري الأسبق تدليس أو تواطؤ مع البائع طالما كان تعاقد مع مالك حقيقى .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

فسخ عقد البيع :

سلب القاضى كل سلطة تقديرية عند الاتفاق فى عقد البيع على الشرط الفاسخ الصريح . مناطه . استخلاص محكمة الموضوع ان تقاعس المشتري عن الوفاء بباقى الثمن فى الميعاد كان مشروعاً بسبب عدم سعى البائعين اليه فى موطنه وفقاً لما يوجب القانون . مؤداه . وجوب التجاوز عن شروط الفسخ الاتفاقى .

(الطعن رقم ٧٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٤/٩ ص ٢٦ ص ٧٨٧)

(نقض جلسة ١٩٧٠/١١/٢٦ ص ٢١ ص ١١٨١)

فسخ عقد البيع . أثره . عودة المتعاقدين الى

(الطعن رقم ٢٦٥٧ لسنة ٥٦ ق . ٢١٣٩ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

بيع المالك المبنى أو جزء منه لمشتري ثان بعقد لا حق ولو كان مسجلا بعد سبق بيعه لمشتري آخر . باطل بطلانا مطلقا . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٤٨٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

(نقض جلسة ٨٢/١١/١٠ ص ٣٣ ص ٨٨٧)

بعض أنواع البيوع :

بيع املاك الدولة الخاصة :

بيع الأملاك الخاصة بالدولة . القبول فيه . تصديق من يملكه . الاستثناء . خضوع التصرف للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . عدم استظهار الحكم ما اذا كانت أرض النزاع من أملاك الدولة الخاصة فيشترط تصديق وزارة المالية على بيعها ، أم أنها مستثناءة . قصور .

(الطعن رقم ٩٤٣ ، ٩٢٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٨٢/٣/٢٣ ص ٣٣ ص ٣٢٠)

إختصاص المجلس الشعبى المحلى للمركز لايتسع لبيع زوائد التنظيم مؤدى ذلك بيع زوائد التنظيم دون موافقة الجهة المختصة خطأ فى تطبيق القانون .

مادة ١٨ من لائحة شروط وقيود بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة فى ١٩٠٢/٨/٣١ ، م ٤٣ من اللائحة التنفيذية من قانون الادارة المحلية رقم ١٢٤ لسنة ١٩٦٠ ، الفقرة الاولى من م ١ ، المواد ٤١ ، ٤٦ ، ١٠٩ من ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، المادة ٧ من اللائحة التنفيذية ق ٤٣ لسنة ١٩٧٩ .

(الطعن رقم ٢٠٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨ / ١٠ / ٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١١/٩ ص ٢٨ ع ٢٨ ص ١٦٣٩)

الاختصاص بالتصديق على بيع املاك الدولة الخاصة فى نطاق المدن والقرى . انعقاده للمحافظين . مؤدى ذلك . المفاوضات التى تقوم بين الجهة البائعة وراغبى الشراء لا يتم بها التعاقد الا بالتصديق على البيع من المحافظ المختص . علة ذلك . م ١ من قرار رئيس الجمهورية ٥٤٩ لسنة ١٩٧٦ ، م ٢٩ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٤٣ لسنة ١٩٧٩ ، والمواد ٨ ، ١٧ ، ١٨ من لائحة شروط بيع املاك الميرى الحرة الصادرة فى ١٩٠٢/٨/٣١ .

(الطعن رقم ٢١١٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣٠)

قاعدة عدم جوار تنازل المستأجر عن الايجار بغير إذن من المالك . عدم سريانها على الاماكن المؤجرة للمؤسسات العامة بعد إلغائها . لوزير المالية أن يبيع بالجدك ما كانت تستأجره من أماكن إلى الهيئات الخاضعة لقوانين استثمار المال العربى والأجنبى متى توافرت فيها بعض مقوماته المادية . م ٨ ق ١١١ لسنة ١٩٧٥ المعدل . عدم وجوب أن يكون المكان المؤجر متجرا فى حكم القانون . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق . ١٦٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

بيع ملك الغير :

بيع ملك الغير . اقرار المالك به . أثره . سريان العقد فى حقه وانقلابه صحيحا فى حق المشتري . م ٤٦٧ مدني . سبق تصرف المالك بالبيع لمشتري آخر قبل تسجيل عقده . لا أثر له .

(الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ ص ٢٢ ص ١٠٩٦)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٣/٢٦ ص ١٩ ص ٥٩٣)

(نقض جلسة ١٩٩٧/١٢/٢٨ من ١٨ ص ١٩٣٢)

بطلان بيع ملك الغير . مقرر لمصلحة المشتري .
له دون غيره طلب ابطال العقد . بقاء العقد منتجا
لآثاره ما لم يثبت أن البائع غير مالك ويطلب البطلان
صاحب الحق فيه . للمشتري عندئذ مطالبة البائع
بتنفيذ التزاماته .

بطلان بيع ملك الغير . مقرر لمصلحة المشتري .
مؤدي ذلك . بقاء العقد قائما منتجا لآثاره الي أن
يتقرر بطلانه .

(الظمن رقم ٤٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٦ / ٣ / ١٩٨٨)

(نقض جلسة ١٤ / ٣ / ٦٣ من ١٤ ص ٢٩٨)

(الظمن رقم ٢٦١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٢ / ٢٨ / ١٩٨٨)

(نقض جلسة ١٤ / ٣ / ١٩٦٣ من ١٤ ص ٢٩٨)

بيع المال الشائع :

بيع المالك علي الشيوع ملكه مفرزا . لا يبطل
عقد البيع . توقف تحديد المبيع علي نتيجة القسمة او
اجازة باقي الشركاء . اثره . لا يجوز لمن يدعي
استحقاق المبيع لنفسه شريكا علي الشيوع او بتلقي
ملكه من شريك على الشيوع . بذلك إلا بعد القسمة
ووقوع المبيع في نصيبه هو : الادعاء قبل ذلك سابق
لأوانه غير مقبول .

بيع ملك الغير . سبب صحيح للتملك بالتقادم
الخمسي . شرطه . وجوب أن يكون مسجلا . ابطال
سند المالك او بطلانه او انعدامه لا اثر له . علة ذلك
سوء نية البائع من اكتساب الملك بالتقادم الخمسي .
مناطه . ثبوت علم المتصرف اليه وقت تلقي الحق بعدم
ملكية المتصرف لما تصرف فيه او قيام ادني شك لديه
في ذلك . تقدير توافره . من سلطة قاضي الموضوع .

(الظمن ارقام ٣٠٤ ، ٦٥٣ ، ٧٩٢ ، لسنة ٥٥ ق - جلسة ٤ / ٢٩ / ١٩٨٨) -

(الظمن رقم ٣٥٦ لسنة ٢٩ جلسة ٣٠ / ٤ / ١٩٦٤ من ١٥ ص

(٦١٤

(الظمن رقم ٢٣٠٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١ / ٧ / ١٩٨٨)

(الظمن رقم ١٤٦١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١ / ٢٩ / ١٩٨٨)

بيع المالك علي الشيوع حصته مفرزة للغير . بيع
صحيح معلق علي نتيجة القسمة او اجازة الشركاء في
الشيوع . اعتباره في حكم التصرف في قدر شائع
بالنسبة لهم . مؤدي ذلك . ثبوت حقهم في اخذ الحصة
المبيعة بالشفعة . المادتان ٨٢٦ ، ٩٣٦ مدني .

بيع ملك الغير . للمشتري وحده طلب ابطاله .
عدم طلبه ذلك . بقاء عقد البيع منتجا لآثاره بين
طرفيه ومنها التزام البائع بعدم التعرض قلك البائع
للمبيع بالميراث . عدم أحقيته في طلب اثبات ملكيته
له قبل المشتري . علة ذلك المادتان ٤٦٦ ،
٤٦٧ مدني .

(الظمن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٦ / ٦ / ١٩٨٨)

بيع ملك الغير . باطل بطلانا نسبيا لمصلحة
المشتري . مطالبة الأخير البائع بتنفيذ التزاماته .
اعتبارها إجازة للعقد . انتقال الملكية . شرطه . اقرار
المالك الحقيقي بالبيع أو أيلولة المبيع إلي البائع .

(الظمن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٠ / ١ / ١٩٨٨)

(نقض جلسة ١ / ٥ / ١٩٨٠ من ٣١ ص ١٢٨٣)

دلالة العربون :

دفع العربون . قرينة قانونية علي جواز العدول
عن البيع . جواز الاتفاق علي انه يفيد البت والتأكيد .

(الظمن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٣٠ / ١١ / ١٩٨٨)

(الطعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٣/٤/١٩٨٨)

(نقض جلسة ١٢/٢/١٩٨٠ - ص ٣١٩)

ت -

تأمين - تأمين - توكلة - تسجيل - تضامن -
تعويض - تقاض - تقسيم - تنظيم -

تأمين

تأمين بعض الشركات بالقانون ٥٢ لسنة ١٩٦٤
بأثر رجعي من تاريخ العمل بالقانون ١١٧ لسنة
١٩٦١ . أثره . عدم أحقية أصحاب الشركة المؤممة
فيما يتحقق من أرباح من تاريخ العمل بالقانون
الأخير . لا يغير من ذلك قيد الشركة في دفاتها
أرباحا لحسابهم عن تلك الفترة . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٣٧٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٨/١١/١٩٨٨)

(نقض جلسة ١٧/١١/١٩٧٩ - ص ٣٠٤)

تأمين

القانون الواجب التطبيق :

إحالة القانون إلى بيان محدد في قانون آخر .
أثره . إعتباره جزءا منه يسري سريانه دون توقف
على سريان القانون الذي ورد به أصلا . إلغاء القانون
٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ . لا أثر له على اعتبار بيان المادة
السادسة منه جزءا من المادة الخامسة من القانون ٦٥٢
لسنة ١٩٥٥ . مؤدي ذلك . بقاء التأمين الاجباري
على السيارات الخاصة قائما لصالح الغير
دون ركابها .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٤ ق - ١٦/٤/١٩٨٨)

(الطعن رقم ١٤٥٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ٢٥/١١/١٩٨٤)

إحالة القانون الي بيان محدد في قانون آخر .

أثره إعتباره جزءا من القانون الأول . الاحالة المطلقة .
أثرها . وجوب التقيد بما يطراً علي القانون المحال اليه
في هذه الحالة من تعديل أو تغيير إحالة المادة
الخامسة من القانون رقم ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن
التأمين الاجباري علي السيارات علي البيان الوارد في
المادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥
علي تأثيره بإلغاء القانون الأخير بالقانون رقم ٦٦
لسنة ١٩٧٣ .

(الطعن رقم ٢٢٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ٢٨/٤/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٢٦/١٢/١٩٨٢ - ص ٣٣٤)

التزام شركة التأمين بتعويض المضرور . شرطه .
أن تكون السيارة المتسببة في الحادث مؤمنا عليها
لديها وقت وقوعه بوثيقة سارية المفعول . وان تثبت
مستولية قائدها عن الضرر .

(الطعن رقم ٢٠٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢/٣/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٢١/٥/١٩٨١ - ص ٣٢)

الزام شركة التأمين بمبلغ التعويض . شرطه .
تحقيق مسئولية المؤمن له بحكم قضائي نهائي . سواء
في دعوي سابقة ضده أو في ذات الدعوي المباشرة
التي اقامها المضرور علي شركة التأمين . م ١/٥ ق
٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ . معاودة الحكم المطعون فيه بحث
مسئولية المؤمن له رغم ثبوتها بحكم نهائي . خطأ في
القانون .

(الطعن رقم ١٧٥٧ لسنة ٥٤ - جلسة ٤/٥/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٣/٦/١٩٨٠ - ص ٣١)

المضرور من حادث السيارة المؤمن عليها
إجباريا . حقه في الرجوع مباشرة علي شركة التأمين
لاقتضاء التعريض عما أصابه من ضرر نتيجة الحادث

دون اشتراط إستصداره حكما بتقرير مسئولية المؤمن له عن الحادث أو إختصامه هو أو قائد السيارة ق ٦٥٢ سنة ١٩٥٥ .

(الطعن رقم ١١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٦)

التزام المؤمن بتغطية المسئولية المدنية الناشئة عن الوفاة أو عن أية إصابة بدنية تلحق أي شخص من حوادث السيارة . مؤدي ذلك . التزامه بما يحكم به قضائيا من تعويض مهما بلغت قيمته . م ٥ ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري .

(الطعن رقم ٢٩٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

التأمين الاجباري من حوادث السيارات . لشركة التأمين الرجوع علي مالك السيارة المؤمن له . بما دفعته من تعويض للمضرور . متي تبين أن هذا الاخير قد وافق علي قيادة مرتكب الحادث للسيارة دون رخصة قيادة .

(الطعن رقم ١٨١٦ لسنة ٥٤ - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

إحالة القانون الي بيان محدد في قانون آخر . اثره . اعتباره جزءا منه يسري بسريانه دون توقف علي سريان القانون الذي ورد به أصلا . الإحالة المطلقة . أثرها . وجوب التقيد بما يطرأ علي القانون المحال اليه في هذه الحالة من تعديل أو تغيير . إحالة المادة الخامسة من القانون رقم ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجباري علي السيارات علي البيان الوارد في المادة السادسة من قانون المرور رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ ، عدم تأثره بالغاء القانون الأخير . مؤدي ذلك . إستمرار التأمين علي السيارة الخاصة لصالح الغير دون الركاب .

(الطعن رقم ٤٦٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ من ٢٣ ع ٢ ص ١٢٥٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٧ من ٣٠ ع ٣ ص ٤٠٣)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٢/١٥ من ٢٣ ص ١٦٨)

تحديد نطاق العقد . مفاده . عدم الاقتصار علي الزام المتعاقد بما ورد فيه من التزامات إنما يضاف اليه ما يعتبر من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة وما يوجبه حسن النية فحسب . مؤدي ذلك عدم التزام المؤمن له في عقد التأمين بأن يدفع دعوي المضرور بالتقادم طالما لا يوجد نص صريح في القانون أو في الوثيقة يقضي به . علة ذلك . م ١٤٨ مدني ، ق ٦٥٢ لسنة ٥٥ في شأن التأمين الاجباري من حوادث السيارات .

(الطعن رقم ١٩٩٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

دعوى المؤمن له قبل المؤمن :

حق المؤمن له في الرجوع علي المؤمن بمقتضي عقد التأمين . استقلاله عن حق المضرور في الرجوع علي المؤمن مباشرة . ق ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ . القضاء برفض دعوي الضمان المقامة من المؤمن له قبل المؤمن استنادا الي عدم استفادته من التأمين . خطأ في القانون

(الطعن رقم ٢٠٩٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٣/٧ من ٢٨ ص ٦٣٠)

رجوع المؤمن علي المؤمن عليه بقيمة ما أداه من تعويض . عدم تقيد به بالحالات المنصوص عليها في البند الخامس من وثيقة التأمين الاجباري . مؤدي ذلك جواز رجوع المؤمن علي المؤمن له بقيمة ما أداه رضاء من تعويض الي المضرور في حالة إخلال المؤمن له بالواجب المفروض عليه في استعمال السيارة والاحتياطات المعقولة لجعلها صالحة للاستعمال .

اعتباراً من تاريخ صدور حكم نهائى بإدانة الجانى أو تاريخ سقوط الدعوى الجنائية بعد رفعها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٦١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/١٤ من ٢٣ ص ١١٨٨)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/٤ من ٢٣ ص ٦٤٤)

دعوى المضرور المدنية بالتعويض قبل المؤمن لديه . وقف سريان تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية . عودة سريان المدة بصدر الحكم الجنائى النهائى أو انتهاء المحاكمة . لا يغير من ذلك صدور القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٦ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٤ من ٣٣ ع ١١٨)

مدة الثلاث سنوات المقررة لتقادم دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن فى التأمين الاجبارى من حوادث السيارات . بدء سريانها من وقت وقوع الفعل المسبب للضرر . دعوى المؤمن له قبل المؤمن . بدء سريان تقادمها من وقت مطالبة المضرور للمؤمن بالتعويض .

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/١٣ من ٣٠ ص ١١١)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/٤ من ٢٣ ص ٦٣٥)

دعوى المضرور المباشرة قبل المؤمن فى التأمين الاجبارى من حوادث السيارات . وقف سريان مدة تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية عودة سريان التقادم بانقضاء الدعوى الجنائية

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/٤ من ٢٣ ص ٦٣٥)

الأثر المترتب على رفع الدعوى والحكم فيها من قطع التقادم أو استبدال مدته . لا يتعدى من رفعها ومن رفعت عليه . الحكم بالتعويض لا يقطع التقادم

المادتين ٦ و ١٦ من القانون ٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن التأمين الاجبارى والبندين ٤ و ٦ من وثيقة التأمين على المقطورة الصادرة وفقاً لذلك القانون .

(الطعن رقم ١٤٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

النص فى البند ج من الشرط الخامس من وثيقة التأمين على جواز رجوع المؤمن على المؤمن له بقيمة ما أداه من تعويض للمضرور حالة ثبوت قيادة السيارة بمعرفة المؤمن له أو شخص آخر قادها بموافقته دون رخصة قيادة شرط صحيح . علة ذلك م ١٦ ق لسنة ١٩٥٥ وم ١/٧٥٠ . ٣ . مدنى .

(الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

(الطعن رقم ١٦٢ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٦/٥/١٤)

(نقض ١٩٧٦/٦/٨ من ٢٧ ص ١٢٩٩)

بطلان الشروط الواردة بوثيقة التأمين . شرطه م ١/٧٥٠ . ٣ . مدنى . الشرط الذى يقضى بسقوط الحق فى التأمين بسبب مخالفة القوانين واللوائح بصفة عامة دون تحديد لمخالفة معينة غير جائز استثناء بعض حالات الخطر المؤمن منه من التأمين . جائز متى كانت هذه الحالات محددة بوضوح فى شرط خاص ولو كان ضمن الشروط المطبوعة . الاتفاق فى الوثيقة على شروط تعسفية تتناقض مع جوهر العقد وتخالف النظام العام . غير جائز .

(الطعن رقم ١٢٧٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

(الطعن رقم ٨٧١ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٥/١١/١٢)

تقديم الدعوى :

رفع الدعوى الجنائية مانع قانونى يتعذر معه على المضرور مطالبة المؤمن بحقه . أثره . وقف سريان التقادم . م ٣٨٢ مدنى عودة سريان مدة التقادم

في غرفة قيادتها أو صندوقها .

(الطعن رقم ١٧٣٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

(الطعن رقم ٤٤٤ لسنة ٤٥ ق - جلسة ١٩٨١/٤/١٥)

التأمين عن المسؤولية المدنية على سيارة النقل -
استفادة الراكبين المسموح بركوبهما منه سواء كانا في
كابينة أو في صندوقها صاعدين اليها أو نازلين منها
م ١٦/هـ ق ٤٤٩ لسنة ٥٥ و م ٥ ق ٥٦٢
لسنة ٥٥ ق .

(الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ م ٣٣ ص ١٢٥٠)

التأمين عن المسؤولية المدنية على سيارة النقل
استفادة الراكبين المسموح بركوبهما منه دون تخصيص
بأن يكونا من أصحاب البضاعة المحمولة عليه أو من
النائبين عنهم وإيا كان في كابينة السيارة أو صندوقها
صاعدين اليها أو نازلين منها . م ١٦ ق ٤٤٩ لسنة
١٩٥٥ . علة ذلك .

(الطعن رقم ٣٢٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ م ٣٣ ص ١٢٥٠)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٢/٣ الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٤ ق)

تركة

الوصية . ما هيتهها . تصرف في التركة مضاف
الى ما بعد الموت ينشأ بارادة منفردة . انعقادها
بتحقق وجود . ما يدل عليها من تصرف أو التزام معين
يترتب عليه تحمل التركة بحق من الحقوق - دون
اشتراط شكل خاص . المادة الاولى من قانون الوصية

(الطعن رقم ١٢٢٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ م ١٣٠ ص ٨٩٨)

إنقضاء الحقوق المتعلقة بالتركات الشاغرة ولو

ولا يستبدل مدته النسبة لشركة التأمين ما لم تكن
طرفا فيه . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠٥٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

التأمين الاجبارى على السيارة الخاصة :

(١) التأمين الاجبارى على السيارة الخاصة .
لا يشمل الاضرار التى تحدث لركابها ولا يغطى
المسؤولية المدنية عن الاصابات التى تقع لهم .

(الطعن رقم ٢٢٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض ١٩٨٠/٥/٢٩ م ٣١ ص ١٥٩٨)

التأمين الاجبارى على السيارات الخاصة .
لا يغطى المسؤولية المترتبة عن وفاة وأصابة ركبها .
م ٥ ق ٥٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولا يغير من ذلك الغاء
القانون رقم ٤٤٩ لسنة ١٩٥٥ الذى احالت اليه المادة
سالفة الذكر .

(الطعن رقم ٢١٠٤ لسنة ٥٤ ق / جلسة ١٩٨٨/٢/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٢٦ م ٣٣ ص ١٢٥٠)

التأمين الاجبارى على السيارات الاجرة وتحت

الطلب :

التأمين الاجبارى على السيارات الخاصة والاجرة
وتحت الطلب . نطاقه . المادة السابعة من القانون رقم
٦٥٢ لسنة ١٩٥٥ .

(الطعن رقم ١٤٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١٠/١٦ - الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٥١ ق)

التأمين على السيارات النقل :

ترخيص تسيير السيارة النقل . يتضمن
التصريح بوجود راكبين بها مؤدى ذلك . افادتها من
التأمين على السيارة أينما كانا داخل السيارة سواء

تسجيل الصحيفة . أثره اعتبار حق المشتري حجة على كل من ترتبت له حقوق عينيه على العقار ابتداء من تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى .

(الطعن رقم ١٤٥١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٢٦ م ٢٤ ص ٣٠٨)

التراخي في تسجيل التصرف . لا يخرج عن طبيعته ولا يغير من تنجيذه . اشتراط رفع دعوى صحة التعاقد وتقديم صحيفة للشهر العقاري خلال أسبوع من تاريخ إبرام العقد . عدم اعتباره شرطاً واقفاً تحقق ذلك الشرط أو تخلفه . لا أثر له على وجود العقد أو زواله . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٤٥٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١/١٣ م ١٩ ص ٢٧١)

العبرة في نفاذ التصرف من المدين أو عدم نفاذه في حق الحاجزين عموماً والراسى عليه المزداد هي شهر التصرف أو عدم شهره قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية لا يكفي ثبوت التاريخ قبل تسجيل التنبيه . م ٤٠٥ مرافعات .

(الطعن رقم ١٩٥٨ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٤/٣٠ م ٢٥ ص ٤٨٤)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٧ م ١٨ ص ١٨٢٦)

التأشير بمنطوق الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد أو تسجيله كاملاً . ارتداد أثره الى تاريخ تسجيل صحيفة الدعوى . مؤدى ذلك . حق المشتري في الاحتجاج قبل كل من ترتب له حق عينى على العقار المبيع منذ تسجيل الصحيفة . المادتان ١٥، ١٧ من القانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٩ م ٣٢ ع ١ ص ١٣٤٠)

كان سببها الميراث بمضى خمسة عشرة سنة من تاريخ الوفاة . عدم سريانه على تركة غير شاغرة مادتان ١ و ٢ ق ٧١ لسنة ١٩٦٢ بشأن التركات الشاغرة .

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

انتصاب الوارث خصماً عن باقى الورثة في الدعوى التي ترفع من التركة أو عليها . شرطه . مثال .

(الطعن رقم ٢٠٤٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

تسجيل

دعوى صحة التعاقد . ما هيته . عدم تسجيل البائع عقد شرائه . وجوب اختصاص المشتري البائع للبائع له والا كانت دعواه غير مقبولة . حق القرار . لا ينشأ ولا ينتقل الا بالتسجيل . المادة التاسعة من قانون الشهر العقاري . ملكية المنشآت قبل تسجيل سند المباني لبائع الأرض بحكم الالتصاق .

(الطعن رقم ٥٩٢ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)

انسحاب اثر التأشير بمنطوق الحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد الى تاريخ تسجيل صحيفة . يكفي لا حدائه تسجيل صحيفة الدعوى بعد قيدها واعلائها ثم التأشير بمنطوق الحكم على هامش تسجيل الصحيفة . عدم اشتراط أن يكون تسجيل الصحيفة سابقاً على صدور الحكم في الدعوى . علة ذلك .

المواد ٩ و ١٥ - ١٧/١ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦

(مثال) .

الطعن رقم ١٢٧٨ و ١٢٩٢ لسنة ٢ ق جلسة ١٩٨٨/٣/١٠

تسجيل صحيفة دعوى صحة التعاقد ثم التأشير بمنطوق الحكم الصادر بصحة التعاقد على هامش

تعويض

الخطأ الواجب للتعويض :

تكييف محكمة الموضوع للفعل المؤسس عليه طلب التعويض بأنه خطأ من عدمه . خضوعه لرقابة محكمة النقص .

(الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

استخلاص الخطأ الموجب للتعويض . التزام المحكمة ببيانه والأدلة التي استظهر منها وقوعه واستخلاصه عقلا من عناصر التحقيق . تخلف ذلك . قصور . مثال .

(الطعن رقم ١٠٨٧ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٦ من ٢٩ ص ١٦٣٢)

الضرر الموجب للتعويض :

(٢) بيان عناصر الضرر المستوجب للتعويض . كفايته لتقدير مبلغ التعويض الجابر للضرر . عدم وجود نص ملزم باتباع معايير معينة مؤداه استقلال محكمة الموضوع بتقديره حسبما تتبينه من ظروف كل دعوى .

(الطعن رقم ١٢٩١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٣٠ من ٢٧ ص ١٨٥٧)

تعيين عناصر الضرر من مسائل القانون . خضوعها لرقابة محكمة النقص .

(الطعن رقم ٢٩٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٠/١٢/٨ من ٢١ ص ١٢٠٨)

وجوب تعويض كل من أصيب بضرر مادي أو أدبي . الضرر الأدبي نطاقه . م ٢/٢٢٢ مدني .

(الطعن رقم ١٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

التسجيل . ما هيته . تقديم طلب الشهر إلى مأمورية الشهر العقاري وختمه بخاتم الصلاحية للشهر إجراء تمهيدى لا يعنى التسجيل م ٢ ق ١١٤ سنة ٤٦ ق (مثال فى شفعه) .

(الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/١٥ من ١٤٢٨ ص ١٤٤٣)

المحررات ثابتة التاريخ رسميا قبل أول يناير سنة ١٩٢٤ تاريخ العمل بقانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ . عدم سريان أحكام هذا القانون عليها . م ١٤ منه .

(الطعن رقم ١٥٧٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

تضامن

المحكوم عليهم فى التزام بالتضامن . اقامة كل منهم استثناء عن الحكم الصادر ضده . المحكمة هذه الاستثناءات . اثره . اعتبار كل منهم خصما فى الاستثناءات المتضمنة .

(الطعن رقم ١٢٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٤)

(نقض جلسة ١٩٧١/٦/٢ من ٢٢ ص ٧٢٤)

قضاء الحكم المطعون فيه بسقوط حق احد المتضامين فى الاستئناف رغم مسئولية المتضامين مع الآخرين . صحيح فى القانون . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(الطعن رقم ٣٦٤ لسنة ٤٨ ق - جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١١/٨ من ٢٧ ع ٢٥٣٥)

(نقض جلسة ١٩٧١/١٢/٢٨ من ٢٢ ع ١١٣٣)

(نقض جلسة ١٩٥٨/١/٢٣ من ١٤٩ ص ١١١)

التعويض عن الضرر المادي :

ثبوت حق المضرور في التعويض عن الضرر المادي الذي لحقه من جراء اصابته . انتقال هذا الحق الى ورثته .

(الطعن رقم ١١٩٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

تعيين عناصر الضرر التي تدخل في حساب التعويض . خضوعها لرقابة محكمة النقص . التعويض عن الضرر المادي لوفاة شخص . مناطه . ثبوت ان المتوفى كان يعول المضرور فعلا وقت وفاته على نحو مستمر وان فرصة الاستمرار محققة احتمال وقوع الضرر لا يكفي للحكم بالتعويض .

(الطعن رقم ٢٢١٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١١/١٢ الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٤ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/١٠ من ٣٣ ع ٢ ص ٧١٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/١٧ من ٣٢ ع ١ ص ٨٤٥)

طلب التعويض عن الضرر المادي نتيجة وفاة شخص آخر . شرطه ثبوت أن المتوفى كان يعول طالب التعويض فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار كانت محققة . إقامة الحكم على ذلك باسباب سائغة تكفي لحمله . النعى عليه . غير مقبول

(الطعن رقم ٢٤٣٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

الحكم بالتعويض عن الضرر المادي . شرطه . العبرة في تحقق الضرر المادي للمدعى نتيجة وفاة آخر هي بثبوت أن المجنى عليه كان يعوله فعلا وقت وفاته على نحو مستمر ودائم وأن فرصة الاستمرار كانت محققة .

(الطعن رقم ٢٤٨٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٠)

(الطعن رقم ٦٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٩)

تفويت الفرصة :

تفويت الفرصة . ضرر محقق وأن كانت الافادة منها أمرا محتملا بما كان بأصل المضرور الحصول عليه من كسب دخوله في حساب الكسب الفائت مادام لهذا الأصل أسباب مقبولة . فقدان الابن وهو في السنة النهائية من دراسته تفويت الفرصة .

(الطعن رقم ٢٢١٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

(نقض جلسة ١٩٦٥/٤/٢٩ من ١٦ ص ٥١٧)

(٣) تفويت الفرصة في الكسب . وجوب التعويض عنه طالما كان للامل في الحصول عليه أسباب معقولة .

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٦٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

(نقض جلسة ١٩٦٢/٣/٢٩ من ١٣ ص ٣٥٠)

تفويت فرصة رعاية الابن لوالدته بموته . أثر محقق . وجوب احتسابه كسبا فائتا وتعويض عنه . مناطه . ما كان المضرور يأمل الحصول عليه ما دام لهذا الامل أسباب مقبولة .

(الطعن رقم ١٤٤٢ لسنة ٥٥ جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ من ٢٤ ص ١٥٩٦)

تفويت فرصة رعاية الابن لوالديه بموته . أمر محقق وجوب احتسابه كسبا فائتا بتعويضهما عنه . مناطه . ما كان المضرور يأمل الحصول عليه من كسب ما دام لهذا الأمل أسباب مقبولة .

(الطعن رقم ٢٠١١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٤/٢٨ من ٣٤ ص ١٠٩٦)

التعويض الاتفاقي :

الشرط الجزائي . مقتضاه . وجوب اثبات المدين

وقف سريان تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية عودة سريان تقادمها بصدر الحكم الجنائي النهائي . لا يغير من ذلك صدور القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٦ علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/١ من ٣٢ ص ١٠٢٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١٤ من ٣٣ ص ١١٨)

تقدم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع . مدته . م ١٧٢ مدنى . قيام دعوى جنائية عن ذات العمل الضار . أثره . وقف سريان مدة تقادم الدعوى المدنية طوال مدة المحاكمة الجنائية وحتى صدور حكم نهائى بادانة الجانى أو انتهاء المحاكمة لسبب آخر .

(الطعن رقم ١٨٦١ سنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٤/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/١٧ من ٢٦ ص ١٢٢١)

تقدم دعوى التعويض عن العمل الضار . وقفه طوال مدة المحاكمة الجنائية . عودة سريانه بانقضاء الدعوى الجنائية بصدر حكم نهائى فيها بالادانة أو بسبب آخر . م ١٧٢ مدنى . علة ذلك . مدة التقادم الثلاث بسريانه من يوم علم المضرور بالضرر وشخص المسئول عنه . عدم تأثرها بقيام المسئولية الناشئة عن الأشياء على خطأ مفترض . علة ذلك .

(الطعن رقم ٧٨٦ سنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ من ٢٨ ص ١٨١٥)

إستخلاص علم المضرور بحدوث الضرر وبالشخص المسئول عنه . من مسائل الواقع التى تستقل بها محكمة الموضوع . متى كان تحصيلها سائغا .

(الطعن رقم ١٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

أن الدائن فيه رغم تحقق المخالفة الموجبة للحكم به لم يصبه ضررا أو أن الضرر الذى أصابه لا يتناسب مع هذا التعويض .

(الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/٣١ من ٢٦ ع ٢ ص ١٧٥)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١١/١٤ من ١٨ ع ٤ ص ١٦٧٦)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٢/١٨ - الطعن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٢ ق

لم ينشر)

تحقق الشرط الجزائى . مؤداه جعل الضرر واقعا فى تقدير المتعاقدين م ٢٢٤ مدنى .

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

(نقض جلسة ١٩٧٣/١٢/١٨ من ٢٤ ص ١٢٧٤)

دعوى التعويض :

تقدم دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع بثلاث سنوات م ١٧٢ مدنى انطباقه على أنواع المسئولية الناشئة عن الافعال الشخصية وعن عمل الغير ومن الأشياء .

(الطعن رقم ٢٠٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧١/٦/١٠ من ٢٢ ص ٧٥٦)

(نقض جلسة ١٩٦٤/١١/٥ من ١٥ ص ١٠٠٧)

دعوى المضرور المدنية بالتعويض قبل المؤمن لديه وقف سريان تقادمها طوال مدة المحاكمة الجنائية . عودة سريان المدة بصدر الحكم الجنائى أو انتهاء المحاكمة . لا يغير من ذلك صدور القانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٧٦ علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٧ لسنة ٥٣ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/١٤ من ٣٣ ع ١ ص ١١٨)

دعوى المضرور المدنية بالتعويض قبل المؤمن لديه

محكمة الموضوع . سلطتها في تقدير التعويض دون معقب من محكمة النقص ما دامت بينت عناصره وواجه احقية طلب التعويض .

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٢/٢١ من ٢٥ ص ٣٨٩)

استقلال قاضي الموضوع بتقدير التعويض . تعيين عناصر الضرر . خضوعه لرقابة محكمة النقص.

(الطعن رقم ١٧٥٧ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٤)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٢/٢١ من ٢٨ ص ٥٠٠)

تقدير التعويض الجابر للضرر الادبي وتوزيعه على المضرورين . استقلال قاضي الموضوع به طالما لم يوجد نص في القانون يلزم باتباع معايير معينة .

(الطعن رقم ٨٨٠ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٨/٦/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٤/١٨ من ٢٣ ص ٦٧٠)

تعويض . تقديره بقيمة الضرر وقت الحكم وليس بقيمته . وقت وقوعه . علة ذلك . الاستثناء . أن يكون المضرور قد أصح الضرر بمال من عنده . أثره . رجوعه بما دفعه فعلا مهما تغيرت الأسعار .

(الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

تقدير التعويض عن الهلاك أو التلف الذي يلحق البضاعة بقيمته الفعلية دون التقيد بالحد الأقصى للتعويض المشـرـ اليه بالفقرة الخامسة من المادة الرابعة من معاهدة بروكسل . مناطه . أن يكون الشاحن . قد دون في سند الشحن بياناً بجنس البضاعة وقيمتها . لا يغنى عن ذلك ورود هذا البيان بفاتورة الشراء الثابت رقمها .

(الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

سقوط دعوى التعويض الناشئة عن العمل غير المشروع . التقادم مناطه . م ١٧٢ مدني . المقصود بالعلم بحدوث الضرر وبشخص المسئول عنه هو العلم الحقيقي لا الافتراضي .

(الطعن رقم ٢٦٨ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

سريان التقادم بالنسبة لمضرور . وقوفه طوال المدة التي تدوم فيها المحاكمة الجنائية . إنقضاء الدعوى الجنائية بصدر حكم نهائي فيها أثره عودة سريان تقادم دعوى التعويض المدنية بمدتها الاصلية . م ١/٣٨٢ مدني . مثال .

(الطعن رقم ١٦٧٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

تقادم دعوى التعويض الجنائية أمام المحكمة المدنية . وقفه طوال مدة المحاكمة الجنائية ، انقضاء الدعوى الجنائية . أثره . زوال سبب الوقف . علة ذلك .

المادتان ١٧٢ ، ١/٣٨٢ مدني .

(الطعن رقم ١٥٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

القضاء النهائي بالتعويض الكامل في الادعاء المدني أمام المحكمة الجنائية على أساس المسؤولية التقصيرية . مانع من المطالبة بتعويض آخر .

(الطعن رقم ١٤٤٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٦/٢٨ من ٢٨ ص ١٥٢٤)

تقدير التعويض :

التعويض عن الضرر . تقديره . وقت الحكم وليس وقت وقوعه . علة ذلك . اصلاح المضرور الضرر بمال من عنده . مؤداه إقتصار رجوعه على المسئول بما دفعه فعلا مهما تغيرت الأسعار .

(الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

العمل تعويضه عن الضرر الناشئ عن خطئه .
علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣)

أحقية المؤمن عليه في الجمع بين حقوقه التأمينية
ومطالبة رب العمل بتعويض الضرر الناشئ عن خطئه .
اقتصاره على الخطأ الشخصي . مطالبته بالتعويض
باعتباره متولى الحراسة . وجوب استئصال الحقوق
التأمينية من جملة التعويض المستحق . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

(قرب نقض جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤ ص ٢٥ ، ١٥١٩ ،
١٣/٥/٧٨ ص ٢٩ ، ٢٤٦)

حق العامل أو ورثته قبل الهيئة العامة للتأمين
والمعاشات عن إصابات العمل . اختلافه عن حقه في
التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار . جواز الجمع
بين الحقين . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٧٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض ١٩٨٠/٣/٢٧ ص ٣١ ، ٩٣٠)

حق العامل في التعويض عن إصابة العمل قبل
الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية . حقه في
التعويض قبل المسئول عن الفعل الضار . جواز الجمع
بين الحقين . شرطه .

(الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تنفيذ الهيئة العامة للتأمينات الاجتماعية
لإلتزامها المنصوص عليه في الباب الرابع من القانون
رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن تأمين إصابات العمل .
لا يخل بما يكون للمؤمن له - العامل أو ورثته - من
حق قبل الشخص المسئول .

تقدير الضرر والتعويض عنه من المسائل الواقعية
التي تستقل بها محكمة الموضوع دون معقب عليها .

(الطعن رقم ٢٤٨٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تقدير التعويض الجابر للضرر . من سلطة محكمة
الموضوع ما دام لا يوجد في القانون نص يلزمها باتباع
معايير معينة . لها أن تدخل في حسابها عناصر
الضرر كما صار إليه وقت الحكم مهما طال أمد
التقاضى .

(الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٥٦ - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

المسئول عن التعويض :

مسئولية المتبوع . ما هيته . اعتباره في حكم
الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد . م
١/١٧٤ مدنى . له حق الرجوع على تابعه بما أرفاه
من تعويض للمضرور م ١٧٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

بعض صور التعويض :

حقوق العمال :

٣) حق العامل المصاب قبل هيئة التأمينات
الاجتماعية اختلافه عن حقه في التعويض عن ذات
الاصابة قبل المسئول عن الفعل الضار جواز الجمع بين
الحقين .

(الطعن رقم ١٢٩١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ ص ٣٠ ، ٢٣٧)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/٢٦ ص ٢٨ ، ١٠٥٥)

حصول المؤمن عليه على حقوقه التأمينية قبل
هيئة التأمينات الاجتماعية لا يحول دون مطالبته لرب

(الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق . جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تقادم

التقادم المكسب

التزام البائع بضمان عدم التعرض للمشتري .
التزام مؤبد يتولد عن عقد البيع بمجرد انعقاد الا إذا
توافرت له بعد البيع شروط التقادم المكسب . م ٤٣٩
مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(الطعن رقم ٢١٢٩ لسنة ٥٢ ق جلسة ١٩٨٤/١٢/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/١٠ من ٣١ ع ٢ ص ١٧٢٦)

كسب الملكية بوضع اليد المدة الطويلة . ثبوته
بمجرد إستيفائه شرائطه القانونية دون النظر إلى عقود
الملكية مسجلة أم غير مسجلة قدمت الى المحكمة أم
لم تقدم .

(الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

وضع اليد المدة الطويلة . سبب مستقل لكسب
الملكية متى توافرت شروطه القانونية . أثره .
اكتساب الحائز الملكية بأثر رجعى منذ بدأ الحيازة .
حظر قملك الأموال الخاصة المملوكة للدولة لا أثر له على
الأموال التى تم أكتسابها بالتقادم قبل العمل بالفقرة
الثانية من المادة - ١٩٧ مدنى المضافة بالقانون ١٤٧
لسنة ١٩٥٧ .

(الطعن رقم ٣٣٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

انقطاع التقادم:

الاقرار القاطع للتقادم . م ٣٨٤ مدنى . ما هيته
وجوب أن يكون كاشفا عن نية الاعتراف بالحق
المدعى به .

(الطعن رقم ٩٤٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٦٤/١١/١٩ من ١٥ ص ١٠٥٥)

المطالبة القضائية القاطعة للتقادم . ما هيته
المادتان ٣٨٣ ، ٣٨٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

الاجراء القاطع للتقادم الصادر من الدائن .
ماهيته صدور الاجراء من المدين . شرطه . أن يتضمن
اقرارا صريحا أو ضمنيا بحق الدائن .

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

انقطاع التقادم . مؤداه . زوال اثره وحلول تقادم
جديد مماثل للتقادم الأول فى مدته وطبيعته .
الاستثناء . صدور حكم نهائى بالدين حائز قوة الأمر
المقضى . أثره . بدء سريان تقادم جديد مدته خمس
عشرة سنة من وقت صدور هذا الحكم الابتدائى الصادر
بالدين . لا يرتب ذات الأثر بقاء ميعاد الاستئناف
مفتوحا . لا أثر له .

(الطعن رقم ٩٢٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

(نقض ١٩٨١/٦/٢٢ من ٣٢ ص ١٨٩٨)

(١) التقادم . انقطاعه . بالمطالبة القضائية
الصريحة الجازمة والتنبيه بالوفاء وأوراد الضرائب
والرسوم واعلانات المطالبة والاختارات إذا سلم احداها
إلى الممول أو من ينوب عنه أو ارسل اليه بخطاب
موصى عليه مع علم الوصول . محله . الحق موضوعه
وما التحقق به من توابعه .

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

وقف سريان التقادم . أحواله . م ٣٨٢ مدنى .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

النزول عن التقادم :

التنازل عن التقادم . لا يفترض ولا يؤخذ بالظن
تمسك المطعون عليها به أمام محكمة الاستئناف دون
محكمة أول درجة عدم اعتباره تنازلا عنه .

(الطعن رقم ١٦٨٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٦٢/١٢/١٣ من ١٣ ص ١١٣٤)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٢٠ من ٢٣ ص ٥٧٧)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ من ٣٣ ص ٢٢١)

نوعى التقادم المسقط :

الحق فى استرداد ما دفع بغير حق . سقوطه
بالتقادم بانقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذى يعلم فيه
الدافع بحقه فى الاسترداد أو بانقضاء خمسة عشرة
سنة من يوم الوفاء بالالتزام أيهما أقصر . م
١٨٧ مدنى .

(الطعن رقم ٢١٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠ من ٢٦ ص ١٦١٨)

(نقض جلسة ١٩٦١/٥/٤ من ١٢ ص ٤٣٧)

تقسيم

حظر التصرف فى الأراضى المقسمة قبل صدور
القرار بالموافقة على التقسيم جزاء مخالفته . البطلان
المطلق . التصرف فيها بعد صدور ذلك القرار وقبل
إيداع صورة منه ومن قائمة الشروط بالشهر العقارى .
جزاؤه البطلان النسبى . المادتان ١ و ١٠ ق ٥٢ سنة
١٩٤٠ المعدل .

(الطعن رقم ٥٧٧ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١٢/٢١ من ٢٦ ص ١٦١٤)

عدم خضوع الأرض لأحكام القانون ٥٢ سنة

١٩٤٠ بشأن تقسيم الأراضى المعدة للبناء . شرطه .
أن تكون جميع القطع واقعة على الطريق العام .

(الطعن رقم ١٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٨ من ٣٤ ص ٢٥٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٧ من ٣٢ ص ٢٣٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٢/٥/٢٥ من ٢٣ ص ١٠٢٠)

١) اعتبار الأرض معدة للبناء . مناطه . الرجوع
للخرائط المحددة لنطاق المدينة أو القرية م ١٠٠ ق
٢٠٦ لسنة ٥١ ق م ١٢٤٠ لسنة ١٩٦٠ . والقرار
الجمهورى ١٧٠٥ لسنة ١٩٦٠ .

(الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

٢) دخول الأرض فى حدود المدينة أو القرية
بالمدى الذى يتطلبه التوسع العمرانى للبناء اعتبارها
أرضا معدة للبناء ولو كانت تستغل مؤقتا لغرض آخر
خروجها عن تلك الحدود . عدم اعتبارها أرض بناء إلا
إذا كانت قد أعدت أعدادا فعليا لهذا الغرض . تقدير
ذلك . استقلال قاضى الموضوع به متى أقام قضاءه
على أسباب سائغة تكفى لحمله . العبرة فى ذلك بحالة
الأرض وقت البيع سبب الشفعة .

(الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٤)

تجزئة الأرض الى عدة قطع ، اعتباره تقسيما
متى كانت لا تتصل جميعها بطريق قائم . ق ٥٢
لسنة ١٩٤٠ .

حظر التصرف فيها قبل صدور قرار بالموافقة على
التقسيم وإيداع صورة منه مكتب الشهر العقارى
ونشره فى الجريدة الرسمية . حظر عام . مقتضاه .
ترتيب جزاء البطلان المطلق لمخالفته لكل ذى مصلحة
التمسك به .

الريان أو من يمثله في حالة النقص غير المبرر .
المادتين ١١٧، ١١٩ ق الجمارك . من قبيل
التعويضات المدنية مؤدى ذلك . قرار الغرامة أو
المطالبة بدفعها لا يعتبر تنبيها بدفع الرسوم الجمركية
قاطعا لتقدمها ولا أثر للطعن في ذلك القرار على
السير في دعوى المطالبة بالرسوم الجمركية أو على
سريان تقدمها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٧٥ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨ / ١٠ / ١٧)

المعدات وأجهزة التكييف التي تستورد بقصد
استعمالها لدور العرض السينمائي . تقرير اعفائها من
الرسوم الجمركية . مناطه . صدور قرار من وزير المالية
في كل حالة على حدة بناء على اقتراح وزير الثقافة
م ١ / ٣ ق ٢٣ لسنة ١٩٧٤ .

(الطعن رقم ١٣١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨ / ١٢ / ٥)

حكر

الحكر . ما هيته . عقد إيجار يعطى للمحتكر
حق البقاء والقرار على الأرض ما دام يدفع الأجرة
تخريب البناء المحتكر أو جفاف شجرة وعدم بقاء أثر
لايهما - لازمة . انتهاء الحكر وعودة الأرض إلى جهة
الوقف التابعة لها .

توقيت الحكر وتحديد مدته . م ٩٩٩ مدني .
سريانه . على الأحكار التي انشئت بعد العمل
بالقانون المدني الجديد في ١٥ / ١٠ / ١٩٤٩ .
الأحكار السابقة على هذا التاريخ والتي لم ينص على
كيفية انتهائها . بقاؤها خاضعة لقواعد الشريعة
الإسلامية التي كانت تحكمها وقت انشائها .

(الطعن رقم ٦٤٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨ / ٥ / ٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٠ / ١ / ٨ من ٢١ ص ٥١)

(الطعن رقم ٢٤٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨ / ٥ / ٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨١ / ١١ / ١٧ من ٣٢ ع ٢ ص ٢٣٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١ / ٥ / ٤ من ٣٢ ع ١ ص ١١٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٧ / ١٢ / ٣١ الطعن ٥٩٨ لسنة ٥٤ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٥ / ١٢ / ٢٦ الطعن ٨٥٨ لسنة ٥٢ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٥ / ١٠ / ٢٠ الطعن ٣١٥ لسنة ٤٩ ق)

حظر التصرف والبناء في الأراضي المقسمة قبل
صدور قرار بالموافقة على التقسيم وإيداع صورة منه
مكتب الشهر العقاري . حظر عام . مقتضاه . ترتيب
جزاء البطلان المطلق لمخالفته . لكل ذي مصلحة
التمسك به . المادة ٢٢ من القانون رقم ١٩٨٢ بإصدار
قانون التخطيط العمراني .

(الطعن رقم ١٤٢٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨ / ٦ / ٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨٧ / ٣ / ١٩ الطعن رقم ٢٠٥٣ لسنة ٥٣ ق)

(نقض جلسة ١٩٨١ / ٢ / ١٧ من ٣٢ ع ٢ ص ٢٣٢٧)

(نقض جلسة ١٩٨١ / ٥ / ٤ من ٣٢ ع ١ ص ١١٢٨)

تنظيم

المباني السكنية ومباني الاسكان الاداري الواردة
في المادة السادسة من القانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٦
المعدل . ما هيته . ليس من بينها المخازن . عدم
خضوع الأخيرة لشروط الاكتتاب في سندات الاسكان
. علة ذلك عدم اعتبار القانون رقم ٢ لسنة ١٩٨٢
تفسيرا تشريعا لنص تلك المادة إنما تعديل جديد نظم
به من جديد الحالات التي يخضع فيها الترخيص
بالبناء لشروط الاكتتاب في هذه السندات .

(الطعن رقم ٩٠٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨ / ٤ / ٢٧)

ج ج ج جمارك

(٢) الغرامة التي يفرضها مدير الجمارك على

حيازة

اكتساب الملكية :

وضع اليد المدة الطويلة . سبب مستقل من اسباب كسب الملكية . أثره القضاء بعدم قبول الادعاء بالتزوير والطعن بالجهالة على عقود البيع لأنهما غير منتجين في الدعوى . صحيح .

(الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/١٤ من ٢٦ ص ١٥٣)

وضع اليد المدة الطويلة . سبب مستقل لكسب الملكية . مؤدى ذلك . لا محل للمفاضلة بينه وبين التملك بسند ولو كان مسجلا .

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

اكتساب ملكية العقار بالتقادم . أثره . انتقال الملكية الى الحائز بأثر رجعى من وقت بدء الحيازة . الحقوق العينية التى رتبها المالك الأصلى أو ترتبت ضده خلال مدة وضع اليد . عدم سريانها فى حق الحائز

(الطعن رقم ١٠٢٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٢ من ٣٢ ص ١٤٤٠)

اكتساب الحائز العرضى الملك بالتقادم . شرطه . تغيير صفة حيازته أما بفعل الغير أو بفعل منه يعتبر معارضة ظاهرة لحق المالك . عدم تغيير صفة الحيازة بانتقالها بالميراث . مؤداه انتقال الحيازة العرضية بصفتها الى الوارث الذى يخلف مورثه فى التزامه بالرد بعد انتهاء السبب الوقتى لحيازته دون ان تكون له حيازة مستقلة عن حيازة مورثه ولو كان يجهل اصلها أو سببها ما لم تصحبها مجابهة صريحة ظاهرة لحق المالك .

(الطعن رقم ١٧٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٧٢/١٢/٢١ من ٢٣ ص ١٤٥٠)

تقدير توافر الحيازة :

التحقق من استيفاء الحيازة لعناصرها وخلوها من العيوب المدة اللازمة للتقادم . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٧٣١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/١٦ من ٢٤٩ ص ١٧١٦)

لمحكمة الموضوع السلطة التامة فى التحقق من استيفاء الحيازة لشروطها . لا رقابة لمحكمة النقض عليها متى أقامت قضاها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٢٣٩٤ لسنة ٥٥ - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

وضع اليد المكسب للملكية استقلال قاضى الموضوع باستخلاصه متى كان سائغا ولا مخالفة فيه للثابت بالأوراق تمسك الطاعنين بأن حيازة مورث المطعون ضدهم لم تتوافر فيها نية التملك . طرح الحكم هذا الدفاع على أساس أن ايراد المال عن أعيان غير أعيان النزاع دون بيان المصدر الذى استقت منه هذه النتيجة قصور .

(الطعن رقم ٢٥٤٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

وضع السيد المكسب للملكية بمضى المدة الطويلة من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع باستخلاصه طالما كان سائغا لا يخالف الثابت بالأوراق .

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/٤ من ٣٠ ع ٢ ص ٥٣٩)

استيفاء الحيازة للشروط القانونية . التحقق منه من سلطة محكمة الموضوع . لا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى أقامت قضاها على أسباب سائغة

(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

الحكم لهذه الرابطة . قصور .

(الطعن رقم ٥٩٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧١/١٢/٢٣ من ٢٢ ص ١١٠٧)

قاعدة ضم حيازة السلف الى حيازة الخلف . عدم
سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل
غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .

(الطعن رقم ٢٠٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ من ٢٩ ص ٦٩٥)

قاعدة ضم حيازة السلف الى حيازة الخلف . عدم
سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل
غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .
مخالفة ذلك . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ١٧٤٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

الحكم المثبت للملكية بالتقادم :

التزام الحكم المثبت للملكية بالتقادم ببيان شروط
وضع اليد . كفاية بيانه الوقائع المؤدية إلى توافرها
والتحقق من وجودها . استخلاص توافر هذه الشروط
من سلطة قاضي الموضوع .

(الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/١١ من ٣١ ص ٢٠٢)

التزام الحكم المثبت للملكية بالتقادم ببيان شروط
وضع اليد . كفاية بيانه الوقائع المؤدية إلى توافرها
دون تناول كل ركن يبحث مستقل .

(الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/١٢/١١ من ٣١ ص ٢٠٢)

دعوى الحيازة :

وضع اليد . واقعة مادية . العبرة فيه بما يثبت

قيامه فعلا وإن خالف ما يرد بالأوراق .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

الحصة الشائعة في عقار صلاحيتها لأن تكون
محلا للحيازة على وجه التخصيص والانفراد بنية
التملك .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف :

قاعدة ضم حيازة السلف إلى حيازة الخلف . عدم
سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم الاحتجاج به قبل
غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .

(الطعن رقم ١٨٥٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

(الطعن رقم ١٢٢٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٤/١٢/١٦)

كسب الخلف الخاص للملكية بالتقادم بضم مدة
حيازة سلفه . شرطه ألا يكون السلف مالكا للعقار
وقت تصرفه إلى خلفه .

علة ذلك . م ٢/٩٥٥ مدنى .

(الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٢٦ من ٣٠ ص ٢٠٢)

قاعدة ضم حيازة السلف الى حيازة الخلف . عدم
سريانها إلا إذا أراد المتمسك بالتقادم أن يحتج به قبل
غير من باع له أو غير من تلقى الحق ممن باع له .

(الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٢/٢٨ من ٣٩ ص ٩١٥)

ضم مدة حيازة السلف إلى مدة حيازة الخلف .
شرطه . قيام رابطة قانونية بين الحيازتين . عدم بيان

دعوى استرداد الحيازة . شرطها قبولها . أن يكون لرافعها حيازة مادية وحالية . عدم اشتراط أن تكون الحيازة بنية التملك .

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٣١)
(نقض جلسة ١٩٨١/١/١ من ٣٢ ص ٨٩)

كسب الحائز ملكية الثمار :

كسب الحائز ملكية الثمار . مناطه . أن يكون حسن النية وقت قبضه اياها . اعتباره سئ النية من وقت علمه بعيون حيازته أو اعلانه بدعوى بأحقية أو استرداد العين أو ثمارها . مثال

(الطعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

الحيازة الزراعية :

تكييف الدعوى واعطاؤها وصفها الحق . مناطه مخاصمة الجمعية الزراعية بطلب قيد الحيازة الزراعية باسماء الطاعنين في سجلاتها . مقصودها . الحكم في مواجهتها بأصل حقهم في حيازة انصبتهم من اطيان النزاع وترتب أثره في سجلاتها .

(الطعن رقم ١١٨٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

حيازة المنقول :

حيازة المنقول التي تصلح دليلا على الملكية شرطها . أن تكون أصيلة غير عارضة .

(الطعن رقم ٩٧٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٦)

خلف

مشتري العقار يعقد مسجل . خلف خاص للبائع . حلولة محل المؤجر في حقوقه والتزاماته قبل المستأجر تمسك الطاعنة بانتقال ملكية الأرض إلى المشتري واستلامها . دفاع جوهرى . إلتفات الحكم

عدم جواز الحكم في دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه م ٤٤ مرافعات . مؤداه . لا محل فيها لبحث الملكية .

(الطعن رقم ٥٤٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٣١)
(نقض جلسة ١٩٥٥/٦/١٦ مع الربع قرن ج ١ ص ٦٤٣ قاعدة رقم ١٢٨)

(نقض جلسة ١٩٤٨/٣/٤ مع الربع قرن ج ١ ص ٦٤٣ قاعدة رقم ١٢٧)

دعاوى الحيازة أساسها . الحيازة بشروطها القانونية . التعرض فيها لبحث الملكية . لا محل لد . م ٤٤ مرافعات . جواز الاستثناس بها في بحث ما تعلق بالحيازة وصفتها دون تحرى الحق . وجوب التزام المدعى والمدعى عليه وقاضى الدعوى بهذه القاعدة .

(الطعن رقم ١٩٧٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٣١ من ٣٢ ص ١٠٠٣)

(نقض جلسة ١٩٧٤ / ١١ / ٥ من ٢٥ ص ١١٨٥)

(نقض جلسة ١٩٥٨/٣/١٣ من ٩ ص ٢٩٢)

عدم جواز الحكم دعاوى الحيازة على أساس ثبوت الحق أو نفيه م ٣/٤٤ مرافعات .

(الطعن رقم ١٤٤٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

دعوى منع التعرض :

الحكم الصادر في دعوى منع التعرض . لا يحوز قوة الأمر المقضى في دعوى الملك . ما يقرره بشأن الملكية لا يقيد المحكمة عند الفصل في أصل الحق . علة ذلك

(الطعن رقم ١١٠٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/٣٠ من ٢٩ ج ١ ص ٦٦)

دعوى استرداد الحيازة :

مستولية المرتهن . علة ذلك .

(الطنن رقم ٩٠٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

ريـ

الريع . ما هيته . تعويض لصاحب العقار
المغتصب مقابل ما حرم من ثماره .

(الطنن رقم ١٩٥١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١٠/١٥ من ٢٥ ص ١١٤٦)

ريـ

التعدي علي منافع الري والصرف . الزام المستفيد
منه بنفقات اعادة الشيء الي أصله مقابل ما عاد
عليه من منفعة . عدم اعتبار تلك المبالغ من
التعويضات لوزارة الري الرجوع عليه بها دون انتظار
صدور قرار بادانته . ق٧٤ لسنة ١٩٧١ المعدل . أثره
ثبوت حقها - في تحصيلها بطريق الحجز الاداري .
علة ذلك .

(الطنن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٥/٢٨ من ٢٢ ص ١٦٣٢)

المبالغ المستحقة لوزارة الري طبقا لأحكام القانون
رقم ٧٤ لسنة ١٩٧١ المعدل لها امتياز علي أموال
المدين بعد المصروفات القضائية . مؤدي ذلك . جواز
تحصيلها بطريق الحجز الاداري .

(الطنن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٨ من ٣٢ ص ١٦٣٢)

استقلال محكمة الموضوع بتقدير أدلة الدعوي
واستخلاص الواقع منها . شرطه . افصاح المحكمة عن
مصدر الأدلة وفحواها وأن يكون لها مأخذها الصحيح

عنه تأسيسا على إقرار بعض المستأجرين بسداد
الأجرة للطاعنة دون مخالصة . خطأ في القانون
وقصور وفساد في الاستدلال .

(الطنن رقم ١٦٧٣ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

الخلف الخاص . المقصود به . مستأجرو الوحدات
المؤجرة . عدم اعتبارهم خلفا خاصا للمؤجر . مؤداه .
الحكم الصادر ضد المؤجر . لا حجية له قبلهم .

(الطنن رقم ٨٢٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

- ١ -

رهنـ

حظر استيراد وتصدير أوراق النقد المصري أو
الأجنبي م ٢ ق ٨٠ لسنة ١٩٤٧ معدلة بقانون ١٠٧
لسنة ١٩٥٠ . نطاق . الاتفاق على حلول المشتري
محل البائع في الالتزام بدين الدائن المرتهن
الاجنبي الجنسية وعلى أن الوفاء به يتم بايداعه أحد
المصارف بحساب غير مقيم مجمد باسم الدائن
لا مخالفة فيه لهذا الحظر . علة ذلك .

م ٥٠ ق ٨٠ لسنة ١٩٤٧ .

(الطننان رقم ٩٥٩ و ٦٧٨ لسنة ٥١ ق جلسة ١٩٨٨/١/٧)

الدائن المرتهن استجاره من المدين الراهن حجرة
بمصنع الاخير لحفظ البضاعة محل عقد الرهن المبرم
بينهما ضمانا للوفاء بالقرض والنص في عقد الايجار
علي عدم مسئولية الدائن المرتهن عما يلحق البضاعة
من سرقة أو تبديد أو تلف . توقيع المرتهن الحجز علي
تلك البضاعة من بقائها بالعين المؤجرة لا ينقضي به
إلتزام الراهن . علة ذلك . الحكم نهائيا ببراءة الراهن
من تهمة سرقة تلك البضاعة لا تغير من انتفاء

الشخصية . الاعتبارية لشركات القطاع العام .

استقلالها عن المؤسسات التي تتبعها . اقتراح مجلس إدارة المؤسسة المصرية العامة للتأمين بالتعاقد مع شاغلي وحدات وعقارات شركات التأمين . لا يلزم هذه الشركات الا بقرار من مجلس ادارتها . علة ذلك

(الظمن رقم ١٦٦٦ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢١)

تكوين الشركة . اثره . اكتسابها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء فيها . مؤدي ذلك . توقيع مديرها أو من يمثله بعنوانها ينصرف أثره اليها ويكفي لترتيب الالتزام في ذمتها .

(الظمن رقم ٨٩٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

(الظمن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

(الظمن رقم ٨٩٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

اختصاص الطاعنين بصفتهم ممثلين للشركة وليس بصفتهم الشخصية . تضمين منطوق الحكم الزامهما وآخر بالدين . لا ينصرف اليهما بصفتهم الشخصية . قضاء ضد الشركة .

(الظمن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

شركة التضامن . تخلفها عن شهر انقضائها قبل انتهاء مدتها المعينة بالعقد بمعرفة مديرها المعين أو أي شريك متضامن . اثره . مسئوليتها قبل الغير عن التزاماتها طالما كان توقيع مديرها أو من يمثله علي العقد بعنوانها . م ٥٨ تجاري .

(الظمن رقم ٨٩٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

(الظمن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

(الظمن رقم ٨٩٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

شفعة

من الأوراق . اعتماد الحكم على ما أورده تقرير الخبير من نزع المسقاة الرئيسية للمنفعة العامة دون افصاح عن مصدر ذلك ودون مواجهة اثر وجود مسقاة فرعية مشتركة بين الأرضين في ثبوت حق الشفعة . قصور .

(الظمن رقم ٢٧٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٤/٨ س ٣٣ ص ٣٨٧)

اختصاص المحاكم المدنية بالفصل في كافة المنازعات الا ما استثنى بنص خاص . عدم وجوب الالتجاء الي مفتش الري قبل رفع دعوي التعويض عن الحرمان من الري والصرف . علة ذلك .

(الظمن رقم ٢٣٣١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٢/٢٧ س ٣٤ ص ٥٦١)

القضاء بتعويض المطعون عليهما عينيا بإزالة المخالفة التي وقعت من الطاعنة بحرمانها من ري وصرف المياه بأرضهما وذلك بالزامها بوضع المواسير اللازمة لذلك . لا خطأ .

(الظمن رقم ٢٣٣١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/١٠ س ٢٨ ص ١١٥٨)

ش

شركات - شفعة - شهر عقارى - شيوع

شركات

عقد الشركة . تعريفه . زوال مقر نشاط الشركة وانتقالها لمباشرة نشاطها في عين اخري . لا يؤدي الي انقضاء الشركة . علة ذلك . انتفاء التلازم بين قيام الشركة وبين مباشرة نشاطها في عين معينة .

(الظمن رقم ٥٦٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٦/١٦ س ٣٠ ص ٦٣١ . ١٩٧٧/٢/٢٠ س ٢٨ ص ٧١٨)

الدعوى لعدم اختصاص ذلك المشتري . لا محل له . علم الشفيع ببيع العقار الي مشتريين بغير هذه الوسيلة . لا أثر له .

(الطنن رقم ٨٩٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(الطنن رقم ٢١٨٤ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٥/٥/١٩)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٣/٢١ من ٣١ ص ٥٨٣ . ١٨/١٨/٨١ ص ٢٥٤٩) .

رفع دعوى الشفعة :

دعوى الشفعة . وجوب رفعها وقيدتها خلال ثلاثين يوما من تاريخ اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة . اعتبارها مرفوعة بايداع صحيفة قلم كتاب المحكمة . وجوب ايداع ثمن البيع الحقيقي قبل رفع الدعوى . المواد ٦٣ مرافعات ، ٩٤٢ ، ٩٤٣ مدني .

(الطنن رقم ١٨٠٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٣ من ٢٤٣١ ص ١٦٦٣)

تقدير قيمة دعوى الشفعة :

تقدير الحكم المطعون عليه - صحيحا - قيمة دعوى الشفعة وفقا للمادة ١/٣٧ مرافعات باقل من مائتين وخمسين جنيها لتعلقها بملكية ارض تقدر قيمتها بسبعين مثل الضريبة الاصلية المربوطة عليها بما يجعل الدعوى من اختصاص المحكمة الجزئية .

قضاء الحكم المطعون عليه بعدم جواز استئناف الحكم الصادر فيها من المحكمة الابتدائية باعتبار ان قيمتها تدخل في النصاب الانتهائي لتلك المحكمة . خطأ في القانون .

(الطنن رقم ٣١٢ لسنة ٥٢ ق - هيئة عامة - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(الطنن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

ايداع الثمن :

البيع الذي تجوز فيه الشفعة . لا يشترط ان يكون مسجلا او ثابت التاريخ قبل تسجيل طلب الشفعة . اثره م ٩٣٨ مدني .

(الطنن رقم ١٤٢٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٣/٢١ - الطنن برقم ١٩٠١ لسنة ٥٢ ق)

الشفيع . اعتباره من الغير بالنسبة لطرفي عقد البيع محل الشفعة . مؤدي ذلك . له اثبات هذا البيع بكافة طرق الاثبات بما فيها المبينة . سلطة محكمة الموضوع في استخلاص ذلك البيع . عدم التزامها باحالة الدعوى الي التحقيق متي وجدت في أوراقها ما يكفي لتكوين عقيدتها .

(الطنن رقم ٣١٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١١/١٣ من ٣٠ ع ٢٦١)

توالى البيوع . نطاقه . العقود في التوالى البيوع في العقار المشفوع فيه . عقود مختلفة يستقل كل منها بذاته اشخاصا وشروطا . اجراءات دعوى الشفعة . المواد ٩٤٠ إلى ٩٤٣ مدني . لازمها طلب الاخذ بالشفعة بالنسبة لعقد بعينه من العقود المتتابعة محددا لموضوع الحق المتداعي بشأنه والخصوم في التداعي . طلب الاخذ بالشفعة في عقد آخر امام محكمة الاستئناف . غير جائز علة ذلك .

(الطنن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

اجراءات الشفعة :

انذار الشفيع واعلان الرغبة :

الانذار الرسمي الذي يواجهه البائع او المشتري الى الشفيع . وجوب . اشتماله على البيانات الواردة بالمادة ٩٤١ . خلوة من بيان موطن المشتري الثاني . اثره . بطلان الانذار . مؤدي ذلك . التمسك بعدم قبول

وجوب أن يتم بخزينة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة . حصول الايداع بخزينة المحكمة الجزئية الكائن بدائرتها العقار رغم أن المحكمة الابتدائية هي المختصة بنظر الدعوى . أثره . سقوط الحق في الأخذ بالشفعة . المادتان ٩٤٢/٢ ، ٩٤٣ من القانون المدني

(الطعن رقم ٢٠٩٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

(نقض جلسة ٧٧/١٢/١٤ س ٢٨ ع ٢ ص ١٧٩٤)

(نقض جلسة ٧٨/٦/٢٨ س ٢٩ ع ٢ ص ١٥٩٥)

الخصوم في دعوى الشفعة :

بيع مشتري العقار المشفوع فيه لمشتريان قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها . م ٩٣٨ . مؤداه . عدم جواز الأخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . شرطه . الا يكون البيع الثاني سوريا . تمسك الشفيع بالبيع الاول وادعاء صورية البيع الثاني . وجوب اثبات ذلك في مواجهة المشتري الثاني .

(الطعن رقم ٢٤٢٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٧ س ٣٢ ع ٢ ص ١٦٢٧)

(الطعن رقم ٥٩٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٠)

تمسك الشفيع بالبيع الاول مدعيا صورية البيع الثاني . لازمة . اثبات هذه الصورية في مواجهة المشتري الثاني .

سبيله اختصاص هذا المشتري في دعوى الشفعة أو ادخاله أو تداخله فيها . مؤدى ذلك . توقف مصير دعوى الشفعة على الفصل في صورية البيع الثاني .

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

بيع مشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل اعلان الرغبة في الاخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها . م

وجوب ايداع الشفيع كامل الثمن الحقيقي . لا محل لايداع ملحقات الثمن علة ذلك . م ٩٤٢ مدني . لا علي الحكم القضائي بالشفعة ان لم يضمنها قضاء

(الطعن رقم ١٨٨١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٣ س ٣١ ص ١٦٥٧)

(نقض جلسة ١٩٧٤/٣/١٤ س ٢٥ ص ٥٠٢)

ايداع كامل الثمن الحقيقي خلال الميعاد القانوني خزانة المحكمة المختصة . شرط اساس لقبول دعوى الشفعة . م ٩٤٢/٤ مدني . جزاء تخلفه . سقوط الحق في الاخذ بالشفعة . للمحكمة ان تقضي بذلك من تلقاء نفسها .

(الطعن رقم ٢٣٨١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١٢/٢٦ س ١٩ ص ١٥٩٤)

الثمن الواجب علي الشفيع ايداعه هو الثمن الحقيقي م ٩٤٢ مدني . للشفيع الطعن بصورية الثمن المسمي بالعقد واثبات ذلك بكافة طرق الاثبات . تمكنه من ذلك . اثره . تحقق الايداع المفروض عليه قانونا .

(الطعن رقم ٣٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٧)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٤/١ س ٣١ ع ١ ص ١٠٩٩)

(نقض جلسة ١٩٦٣/١٢/٥ س ٢٤ ص ١١٣١)

ايداع الثمن الحقيقي خزانة المحكمة المختصة بنظر دعوى الشفعة في الميعاد وقبل رفع الدعوى . إجراء من اجراءات الدعوى . مخالفة ذلك . أثره . سقوط الحق في الأخذ بالشفعة .

(الطعن رقم ١٠٧١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

ايداع الشفيع الثمن الحقيقي للعقار المشفوع فيه

اثبات الصورية في مواجهة المشتري الثاني . علة ذلك

(الطعن رقم ١٧٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

العقد الصوري غير موجود قانونا . بيع مشتري
العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل اعلان الرغبة في
الاخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها . م ٩٣٨ مدني . مؤداه .

عدم جواز الأخذ بالشفعة إلا من المشتري الثاني .
شرط ذلك . ألا يكون البيع الثاني صوريا للشفيع
اثبات الصورية بكافة الطرق . نجاحه في ذلك .
أثره . اعتبار البيع الصادر للمشتري الأول قائما ويغني
الشفيع عن توجيه طلب الشفعة الي المشتري الثاني .
لازم ذلك . وجوب الفصل في الدفع بالصورية . توقف
مصير دعوي الشفعة علي الفصل في صورية البيع
الثاني .

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٦/٢ - الطعن ١٦٥٣ لسنة ٥٢ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٥/٢٧ من ٣٢ ص ١٦٢٧)

العقد الصوري غير موجود قانونا . بيع مشتري

العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل اعلان الرغبة في
الاخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها . م ٩٣٨ مدني . مؤداه .

عدم الأخذ بالشفعة الا من المشتري الثاني .
شرط ذلك . ألا يكون البيع الثاني صوريا . للشفيع
اثبات الصورية بكافة الطرق . نجاحه في اثبات
ذلك . أثره . اعتبار البيع الصادر للمشتري الاول قائما
ويغني الشفيع عن توجيه طالب الشفعة الي المشتري
الثاني لازم ذلك . الدفع بالصورية في مواجهة المشتري
الثاني بادخاله خصما في الدعوي او تدخله فيها .
(الطعن رقم ١٦٥٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢)

٩٣٨ مدني . عدم جواز الاخذ بالشفعة من المشتري
الثاني .

شرط ذلك . ألا يكون البيع الثاني صوريا . نجاح
الشفيع في اثبات صورية هذا البيع . بغنيه عن
توجيه طلبه الي المشتري الثاني .

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/٦ من ٢٢ ص ١١٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/٢٧ من ٢٢ ص ١٦٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/١/١ - الطعن رقم ٨ لسنة ٥٢ ق)

التزام الشفيع في حالة توالي البيع باستعمال حقه
ضد المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها .
شرطه وقوع البيع الاخير قبل تسجيل اعلان الرغبة
ولو لم يكن مسجلا أو ثابت التاريخ . الوقت المعول
عليه لعدم الاحتجاج على الشفيع بالبيع الثاني هو
وقت تسجيل اعلان الرغبة بالشفعة . لا وقت حصول
الاعلان . م ٩٤٧ مدني دعوى الشفعة ، شرط قبولها
. ان تدور الخصومة فيها بين جميع اطرافها مهما
تعددوا باختصاص المشتري الثاني .

(الطعن رقم ٤١٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٤)

نقض ٨١/٥/١٧ من ٣٢ ع ١٦٢٧ . ٧٨/١٢/١٢
من ٢٩ ص ١٨٩١)

(نقض ٧٩/١١/٢٧ من ٣٠ ع ٧٢ . ٨٧/١١/٢٥ - الطعن
١٩٧ لسنة ٥٣ ق)

بيع مشتري العقار المشفوع فيه لمشتري ثان قبل
اعلان الرغبة في الأخذ بالشفعة أو قبل تسجيلها . م
٩٣٨ مدني . مؤداه عدم جواز الاخذ بالشفعة الا من
المشتري الثاني . شرط ذلك ألا يكون البيع الثاني
صوريا ، اثبات بالشفعة صوريته . أثره . اعتبار
البيع الصادر من المشتري الأول قائما ويغني الشفيع
عن توجيه طلب الشفعة الي المشتري الثاني . وجوب

(نقض جلسة ٦ / ١ / ٨١ لسنة ١٤٣٢ ع ١٦ ص ١١٠)

طلب الأخذ بالشفيع إمتناعه - على البائع في مواجهة من اشترى منه العقار حتى ولو انتقل إليه حق الشفعة بالميراث . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٩٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٦/٦/١٩٨٨)

انعقاد الخصومة في دعوى الشفعة :

الخصومة في دعوى الشفعة . انعقادها باختصاص البائع والمشتري والشفيع أو ورثة من يتوفى منهم في جميع المراحل . تخلف ذلك . اثره . عدم قبول الطعن .

(الطعن ١٦٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ٢٧/١/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٣/٢/٨١ من ٣٢ ص ٧٥٠)

طلب تسليم العين المشفوع فيها اتصاله بدعوى الشفعة . لازمة . وجوب اختصاص كل من البائع والمشتري فيها .

(الطعن رقم ٩٣٦ لسنة ٥١ ق جلسة ٢٠/١/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٣١/٥/١٩٧٩ من ٣٠ ص ٤٩٣)

دعوى الشفعة . وجوب اختصاص الشفيع والبائع والمشتري فيها في كافة مراحل التقاضي بما فيها الطعن بالنقض ، تعدد أي منهم يوجب اختصاصهم جميعا . كما يوجب اختصاص ورثة من يتوفى منهم - مخالفة ذلك . أثره . عدم قبول الدعوى .

(الطعن رقم ١٠٩٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٤/٥/١٩٨٨)

(نقض جلسة ٣١/٥/١٩٧٩ من ٣٠ ص ٤٩٣)

التنازل عن الشفعة :

تراخي الشفيع في اتخاذ إجراءات الشفعة . عدم اعتباره بذاته . نزولا عن حقه فيها ما لم تقترب بعمل

أو تصرف أو موقف لا يدع - مع تراخيه هذا - مجالات للشك في دلالة على التنازل م ٩٤٨ مدني . التفات الحكم عن بحث دفاع الطاعنة بتنازل الشفيع ضمنا عن حقه في الشفعة اكتفاء بقوله إن مجرد العلم بالبيع لا يسقط هذا الحق . قصور .

(الطعن رقم ٩٢٥ لسنة ٥٥ ق - جلسة ٢٨/٦/١٩٨٨)

استخلاص النزول الضمني عن الحق في الشفعة من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغا مستمدا مما له أصل ثابت بالاوراق الدعوي .

(الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٧/١٠/١٩٨٨)

النزول عن الحق في الشفعة جواز أن يكون صريحا أو ضمنيا . إتيان الشفيع عملا أو تصرفا أو اتخاذه موقفا يكشف بوضوح في دلالة عن هذا النزول . تمسك المشتري في دفاعه بهذا التنازل وطلبه اثباته بشهادة الشهود دون أن يكون في أوراق الدعوي ما يكفي لتكوين عقيدة المحكمة في شأنه . مؤداه . التزام المحكمة بتحقيق هذا الدفاع . التفاتها عنه . قصور وإخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ١٣٩٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٥/١١/١٩٨٨)

ملكية الشفيع للبيع :

ملكية الشفيع وقت البيع لما يشفع به . شرطا لقبول دعواه . المادتان ٩٣٥ ، ٩٣٦ مدني . صورتها العقد سند ملكية الشفيع - ولو كان مسجلا - لا تجوز به الشفعة علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ٢٥/٢/١٩٨٨)

الشفعة . مناطها . أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع وقت البيع . مخالفة ذلك . خطأ في

تطبيق القانون .

(الطعن رقم ١٥١٥ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)

(نقض جلسة ٧٨/٦/٢٧ س ٢٩ ص ١٥٧)

ملكية الشفيع للعقار المشفوع به وقت بيع العقار المشفوع فيه . شرط لاخذ العقار بالشفعة مشترى العقار الذى يؤشر بمنطوق الحكم الصادر له بصحة ونفاذ عقده على هامش تسجيل صحيفة دعواه لا يكون له الحق فى الشفعة لهذا العقار الا من تاريخ هذا التأشير علة ذلك .

(الطعن رقم ٦١٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/٢٧ س ٢٩ ص ١٥٧٠)

عدم جواز الشفعة الا اذا كان الشفيع مالكا للعقار الذى يشفع به وقت قيام سبب الشفعة اثبات الشفيع ملكيته الى الغير . مؤداه . وجوب تقديم الدليل على ذلك . الارتكان الى حصول بيع دون تسجيله . غير كاف .

(الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٢٠ س ٣٢ ص ٢٢٤١)

مسقطات الشفعة :

طلب الشريكين فى الشيوخ حصة شريكهما المباعه منه بالشفعة دون أن يطلب أحدهما الشفعة فى العين برمتها . ترك أحدهما الخصومة فى الدعوى . مؤداه . تجزئة الصفقة على المشتري وسقوط حق الآخر فى الأخذ بالشفعة .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٩)

اقرار الكتابة بأن الثمن المودع يخص الشفيع الآخر هو فى حقيقته نزول منها له عن حقها فى الشفعة وهو

ما يجيزه الشارع ويسقط حقها ذاته .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٩)

الحكم بثبوت الشفعة :

الحكم النهائى بثبوت الشفعة سند الملكية الشفيع . م ٩٤٤ مدنى دعوى الشفعة تقدر قيمتها بقيمة العقار المشفوع فيه . م ٣٧ مرافعات .

(الطعن رقم ٢٥٨٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

شهر عقارى

الاختصاص المقرر للقاضى المستعجل بنظر الطلب الوقتى بمحو التأشير الهامشى فى سجل المحررات واجبة الشهر المتضمنة الطعن فى التصرفات موضوع تلك المحررات . لا يمنع من الالتجاء الى محكمة الموضوع فى ذات الصدد للفصل فى أصل الحق . المواد ١٣ ، ١٥ ، ١٨ ق ١١٤ لسنة ١٩٤٦ .

(الطعن رقم ٤١٨ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

الحكم الصادر فى أمر تقدير الرسوم التكميلية عدم قابليته للطعن متى فصل فى منازعة فى تقدير الرسم . فصله فى منازعات أخرى . خضوعه للقواعد العامة الطعن . م ٢٦ ق ٧٠ لسنة ١٩٦٤ بشأن رسوم التوثيق والشهر .

(الطعن رقم ١٣٥٩ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١٢/١٢ س ٢٤٢٩ ص ١٨٩٦)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٦ س ٣٠ ص ١٦٦)

شيوخ

التصرف فى المال الشائع :

حق أغلبية الشركاء فى التصرف فى المال الشائع . م ٨٣٢ مدنى . مناطه . شيوخ الملك .

(الطعن رقم ١١٣٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء .
من العقار يوازي حصته . حقه في حماية وضع يده
وعدم احتية أى من الشركاء في انتزاع هذا القدر منه
مالم يتفق الشركاء علي تنظيم معين لإدارة المال
الشائع يخالف ذلك .

بيع المالك على الشيوع حصته مفرزه للغير . بيع
صحيح مغلوق على نتيجة القسمة أو اجازة باقى
الشركاء . اعتباره فى حكم التصرف فى قدر شائع
بالنسبة لهم .

حقهم فى أخذ الحصة المبعة بالشفعة . م
٩٣٦ مدنى .

(الطعن رقم ٥٢٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٦)

(نقض جلسة ١٨/٢/٨١ س ٣٢ ص ٥٥٤)

الحصة الشائعة فى عقاره صلاحيتها لأن تكون
محلا للحيازة علي وجه التخصيص والانفراد بنيه
التملك .

(الطعن رقم ١٦٥١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٢)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/١ س ٣١ ص ١٢٨٣)

١- بيع الشريك على الشيوع جزء مفرز من المال
الشائع قبل القسمة . م ٢/٨٢٦ مدنى .

(الطعن رقم ٢٤٨٨ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

ادارة المال الشائع :

١) المال الشائع - ادارته للشركاء مجتمعين مالم
يتفقوا علي خلاف ذلك - ادارته من احد الشركاء دون
اعتراض الباقيين - اعتباره وكلا عنهم . المادتان
٨٢٧ ، ٨٢٨ / ٣ مدنى .

(الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

(نقض جلسة ٨٠/٣/٢٥ س ٣١ ع ١ ص ٨٨٨)

٢- المشتري لقدر مفرز فى العقار الشائع .
لا يجوز له طلب التسليم مفرزا . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٦١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

(نقض جلسة ٣/٣/٧٤ س ٢٥ ص ١٣٢٤)

(الطعن رقم ٧٩٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

ادارة المال الشائع . حق للشركاء مجتمعين .
تولي احدهم الادارة دون اعتراض الباقيين . اعتباره
وكيلا عنهم . المادتان ٨٢٧ ، ٨٢٨ مدنى . طلب
اخلاء العين المؤجرة . عملا من اعمال ادارة - المال
الشائع .

حيازة المال الشائع :

الشريك على الشيوع . جواز تملكه بالتقادم حصة
أحد الشركاء . شرطه .

(الطعن رقم ٢٠٦١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٣ س ٣٢ ع ١ ص ١٢٣٨)

وضع أحد الملاك على الشيوع يده على جزء من
العقار الشائع . حق باقى الشركاء قبله .

(الطعن رقم ٢٢٠٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٨)

(نقض جلسة ٨١/١٢/١٨ س ٣٢ ص ٥٥٤ ، ٨٦/٤/٢١)

(الطعن رقم ١٤٩٢ لسنة ٥٥ ق)

(نقض جلسة ١٩٨٧/٤/٢٣ - الطعن رقم ١٥٦ لسنة ٥٣ ق)

(الطعن رقم ٣١١١ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

أعمال الحفظ التي يحق للشريك علي الشيوع
اتخاذها بغير موافقة باقي الشركاء . ماهيتها
م. ٨٣٠ مدنى . التزام جميع الشركاء كل بقدر حصته
بنفقات هذه الأعمال . م ٨٣١ مدنى . تلف العقار

(نقض جلسة ١٩٥٦/٢/١٦ ص ٧ ص ٢٢٥)

إنهاء حالة الشروع :

حالة الشروع . عدم انتهائها الا باتجاه ارادة الشركاء جميعا الى قسمة المال الشائع قسمة نهائية .

(الطعن رقم ١٧٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٥١/٥/٣١ مجموعة الريع قرن ص ٨٨٦ قاعدة ١٩)

ص

صوريه

عبء اثبات الصورية . وقوعه على عاتق مدعية كفاية ادلتها . استقلال قاضي الموضوع بتقديره

(الطعن رقم ٩٥٦ ، ٩٧٨ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٧)

تقدير ادلة الصورية وتحصيل فهم الواقع في الدعوى من سلطة محكمة الموضوع متى اقامت قضاها على اسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٩٣٦ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ ص ٣٢ ص ٢٢٥٦)

(الطعن بصورية عقد . علم قبوله الا من له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة .

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ١٩٧٤/١/٢٢ ص ٢٥ ص ٢١٦)

صورية العقود . للغير اثباتها بكافة الطرق ومنها القرائن . المقصود بالغير في الصورية . كل ذي مصلحة ولو لم تربطه بالعاقدين . رابطة عقدية . مشتري العقار المشفوع فيه . يعد غيرا بالنسبة للعقد سند ملكية الشفيع لما يشفع به . له التمسك بصورته

(الطعن رقم ٩٢٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨١/٣/٢٦ ص ٣١ ق ١ ص ٩٠٤)

المملوك علي الشروع لسبب مرده خطأ الشريك الذي استأثر بالانتفاع به . أثره . مسئولية الشريك المخطيء في تعويض باقي الشركاء عما لحقهم من ضرر نوع المسئولية . توقفه علي ما إذا كان انتفاعه بالعقار وليد عقد من عدمه . نوع التعويض الأصل فيه أن يكون عينيا باصلاح ما تلف . لا يعد ذلك من أعمال الحفظ .

(الطعن رقم ١١٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

قسمة المال الشائع :

القسمة غير المسجلة . اثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الاخرين مالكا ملكية مفرزة للجزء والذي وقع في نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية علي الغير الا اذا سجلت القسمة . الغير في حكم المادة ١٠ من قانون الشهر العقاري تعريفه . عدم اعتبار من تلقى حقا مفرزا من احد الشركاء غير ولو سجل حقه قبل تسجيل القسم . مؤدي ذلك . عدم احقيته في طلب الحكم بصحة عقد البيع بالنسبة للجزء المفرز الذي اشتراه طالما انه لم يقع في نصيب البائع له بموجب القسمة .

(الطعن رقم ١١٢٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٥/١/٣٠ ص ٢٦ ص ٣٠)

استرداد الحصة الشائعة :

حق الشريك في الشروع في استرداد الحصة الشائعة التي باعها شريك اخر لاجنبي . اقتصاده علي المنقول الشائع القائم بذاته او في مجموع من المال ولو اشتمل المجموع علي عقاره العقار الشائع المعين بالذات ليس محلا لحق الاسترداد وإنما محلا للشفعة . م ١/٨٣٣ مدني .

(الطعن رقم ٥١٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٦/١/٢٩)

(الطعن رقم ٨١٠ لسنة ٥٢ ق)

استخلاص الصورية من أدلتها من سلطة محكمة
لموضوع طالما كان ذلك سائغا .

(الطعن رقم ١٤٢٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٣ من ١٤٢٧ ع ١٧٢٨)

تقدير ادارة الصورية وكفايتها واستخلاص
ما تراه من اقوال الشهود . من سلطة محكمة الموضوع
متى كان قضاؤها مستخلصا سائغا ولا يخالف الثابت
بالاوراق

(الطعن رقم ١٢٨٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ من ٣٢ ع ٢٢٥٦)

الدفع بالصورية جواز ابدائه لأول مرة أمام محكمة
الاستئناف اغفال الحكم الرد عليه . أثره . بطلان
الحكم .

(الطعن رقم ٢٢٥٠ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

الدفع بالصورية . عدم التزام محكمة الموضوع
باجابة طلب تحقيقه متى وجدت في ظروف الدعوى
ما يكفي لاقتناعها بعدم جديته . حسبها ان تبين في
حكمها الاسباب التي اعتمدت عليها في رفضه .

(الطعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٤)

طعن الوارث بصورية التصرف الصادر من مورثه
اضرارا بحقه في الميراث جواز اثبات طعنه بكافة طرق
الاثبات الوارث لا يستمد حقه في الطعن في هذه
الحالة من المورث وانما من القانون مباشرة . له اثبات
احتفاظ المورث بحيازة العين التي تصرف فيها وبحقة
في الانتفاع بها كقرينة قضائية تخضع لمطلق تقدير

القاضي . م ٩١٧ مدني .

(الطعن رقم ١٧٥٨ لسنة ٥٢ - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/٢٢ من ٢٧ ع ١٣٩١)

(١) تقدير كفاية أدلة الصورية . من سلطة
محكمة الموضوع لها الأخذ بأسباب حكم قدم اليها
كدليل في الدعوى ولو لم يكن له حجية تلزمها .

(الطعن رقم ٢١٣٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/١٠ من ٣٢ ع ٢٢٥٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ من ٢٣ ع ٢١١)

لدائني المتعاقدين والخلف الخاص حسنى النية
التمسك بأى من العقدين الصورى أو المستتر . م
٢٤٤ مدني . شرطه اختلاف شخصى المتصرف فى كل
من العقدين .

(الطعن رقم ٩٢٠ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

ستر المتعاقدين عقدا حقيقيا بعقد ظاهر لا يهما
وللخلف الغام التمسك بالعقد الحقيقى دون الصورى
شرطه إثبات وجود العقد الحقيقى طبقا للقواعد العامة
فى الإثبات ما لم يقع غش أو تحايل من أحدهما ضد
الآخر . فيجوز اثبات وجود العقد الحقيقى بكافة
الطرق وقوع الغش والاحتياال على القانون ضد الغير .
لا يجوز لمن تمسك به من المتعاقدين سوى الاثبات وفقا
للقواعد العامة .

(الطعن رقم ٢٤٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٨١/٥/١٤ من ٣٢ ع ١٤٧)

الادعاء بالصورية بعد الطعن بعدم نفاذ التصرف

الطعن بعدم نفاذ التصرف . أثره . عدم قبول
الادعاء من بعد بصورية ذلك التصرف . علة ذلك .
سبيل الجمع بينهما فى دعوى واحدة .

وقف القياس عند السنوات التي حددها القانون لكل فئة وبدء سنة أساس جديدة أيا كانت الأساس .

(الطعن رقم ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٦)
(نقض جلسة ١٩٧٧/٥/٤ من ٢٨ ص ١١٢٥)

ضرائب

اجراءات الطعن الضريبي :

اجراءات الاعلان . ترسل من مصلحة الضرائب الى الممول بربط الضريبة . اختلافها عن اجراءات الاعلان في قانون المرافعات . تسليم مراسلات مصلحة الضرائب الى المولين . كفيته . المادة ٣٨٨ من اللائحة التنفيذية للقانون رقم ١٦ لسنة ١٩٧٠ الخاص بنظام البريد .

(الطعن رقم ٤٦٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)
(نقض جلسة ٧٢/٥/٣١ من ٢٣ ص ١٠٤٧)

رفع المطعون في قرارات اللجان الخاصة بضريبة التركات . طريقته . ايداع الصحيفة قلم كتاب المحكمة وقيدها في ذلك اليوم . مرور الدعوى بمرحلة التحضير واعلان الخصوم وفقا للمواعيد وبالوسائل الخاصة المنصوص عليها في المادة ٥٤ مكرر من القانون ١٤ لسنة ١٩٣٩ على خلاف القواعد العامة : لا أثر له على قيام الدعوى . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٣٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٧)

سنة الأساس :

اتخاذ سنة ١٩٦٨ سنة أساس . القانون ٧٧ لسنة ١٩٦٩ . شرطه . أن تكون هذه السنة سنة ضريبية كاملة وأن يحقق الممول خلالها ربحا . عدم تحقق ذلك . أثره . اتخاذ أول سنة ضريبية كاملة تالية حقق الممول فيها ربحا سنة أساس . اختلاف عدد السنوات التي يسرى عليها . الربط الحكمي باختلاف الارباح المقدرة في سنة الأساس . تقييم المولين الى فئات ثلاث .

(الطعن رقم ٢٤١٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)
(نقض جلسة ١٩٨٣/٤/١١ من ٢٤ ص ٩٣٧)

المعاملة الضريبية للشركات بين الاصول والفروع :

الشركات التي تقوم بين الاصول والفروع أو بين الأزواج أو بين بعضهم البعض . م ٤١ ق ١٤ لسنة ١٩٣٩ المضافة بالقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٧٣ .

المقصود بها . الشركات القائمة فعلا في تاريخ العمل بالقانون الاخير وما يقوم منها في تاريخ لاحق اعتبار هذه الشركات صورية وغير جدية ومعاملتها ضريبيا معاملة الممول الفرد مالم يثبت صاحب الشأن جديتها .

ثبوت تاريخ قيام هذه الشركات قبل العمل بالقانون ٧٨ لسنة ١٩٧٣ أو سبق ربط الضريبة عليها بهذه الصفة عن سنوات سابقة لا يصلح بذاته دليلا على جديتها .

(الطعن رقم ٨٩٩ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

ع

عقد - عمل

عقد

الإضا :

الاكراه المبطل للرضا . ماهيته . تقديم وسائله ومدى تأثيرها على نفس المتعاقد . موضوعي . استقلال محكمة الموضوع به دون رقابة من محكمة النقض متى أقامت قبضائها على أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٢٤٧٩ لسنة ٥٤ ق - ١٦٣ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

الغش والتدليس في التعاقد شرطه أن يكون .
ما استعمل في خداع المتعاقد حيلة غير مشروعة
قانوناً . مؤدى ذلك . م ١٢٥ مدنى . توقيع المتعاقد
على العقد متضمناً رهن الأطيان مقابل مبلغ الدين
مع علمه بصوريته ومخالفته للواقع بقصد استخدامه
في نزاع مع آخر ينفي قيام التدليس . علة ذلك .
خلوه من أية طرق إحتيالية .

(الطعن رقم ٣٤٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١ ص ٧٦ س ٢٧ ص ١٧٩١)

دلالة العربون :

دلالة دفع العربون . المرجع في بيانها لما تستقر
عليه نية المتعاقدين لإعطاء العربون حكمه القانونى .
لمحكمة الموضوع استظهار نيتها من ظروف الدعوى .
لأرقابه لمحكمة النقض عليها متى أقامت قضاها على
أسباب سائغة .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٥/٢٣ ص ٧٥ س ٢٦ ص ٤٥٧)

تكيف العقد :

التعرف على حقيقة العقد واسباغ صفة التعاقد
على من يفصح عن ارادة متطابقة مع ارادة أخرى
على انشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله في
خصوص موضوع معين يحدد العقد نطاقه . من سلطة
محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ١٨٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٥)

(١٩٨٨/٦/١٥)

تكيف العقود العبره فيه بحقيقه ما عناه
المتعاقدون منها دون التقيد بتكييفهم لها . لمحكمة
الموضوع السلطة التامة في تفهم نية المتعاقدين
واستظهار حقيقة العقد واستنباط الواقع من عباراته
على ضوء الظروف الملازمة شرطه . أن يكون سائغا .

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

تفسير العقد :

لمحكمة الموضوع سلطة تفسير المستندات والعقود
والشروط المختلف عليها بما تراه أو في بمقصود
العاقدين طالما أن عباراتها تحمل المعنى الذى حصلته

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٥/٢ - الطعن رقم ١٠٠٠ لسنة ٥٠ ق)

٢) سلطة قاضى الموضوع فى العدول عن المدلول
الظاهر لصيغ العقود والشروط وسائر المحررات . شرطه
. بيان سبب العدول وكيف افادت تلك الصيغ المعنى
الذى أخذ به وانها استندت الى اعتبارات معقولة
مسائغة .

(الطعن رقم ٢١٦٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٥)

(نقض جلسة ١٩٩٧/٢/٢٣ ص ١٨ ص ٤٦١)

تفسير العقود واستظهار نية طرفيها . من سلطة
محكمة الموضوع طالما أنها لم تخرج عن المعنى الظاهر
لعباراتها . عدم تقيدها بما تفيد عبارة معينة منها بل
بما تفيده في جملتها .

(الطعن رقم ١٠٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٥ ص ٣٣ ص ٤٨٤)

سلطة محكمة الموضوع فى تفسير العقود
والمشارطات وسائر المحررات . التزامها بعدم الخروج عن

المعنى الظاهر لعباراتها .

(الطعن رقم ١٢٠٣ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٦/٧ من ٣٢ ع ٢ ص ٦٨٧) .

محكمة الموضوع لها السلطة المطلقة في فهم الواقع في الدعوي وفي تفسير الاتفاقات والقرارات وسائر المحررات بما تراه او في الي نية اطرافه او احد اصحاب الشأن فيها . وجوب ألا تخرج في تفسيرها عن المعنى الذي تحتمله عبارات المحرر وان تكون النتيجة التي خلصت اليها لها مأخذها الصحيح من الاوراق .

(الطعن رقم ١٨٨٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(نقض جلسة ٨١/٦/٢٥ من ٣٢ ص ١٩٥٢)

تفسير العقد من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . أن يكون الاستخلاص سائفا وأن تلتزم محكمة الموضوع بعبارات الاتفاق الواضحة وان لا تعتد بما تعنيه عبارة معينة بذاتها يجب عليها أن تأخذ بما تفيد العبارات بأكملها وفي مجموعها .

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

لقاضي الموضوع السلطة التامة في فهم نصوص الاتفاق وتعرف مقصود المتعاقدين منها مستهديا بالظروف التي احاطت بتحريره وما يكون قد سبقه او عاصره من اتفاقات عن ذات موضوعها . وجوب الاعتداد بما تفيد عبارات الاتفاقات في جملتها لا بما تفيد عبارة منها مستقلة عن باقي عباراتها .

(الطعن رقم ١١٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٢)

(نقض جلسة ٦٧/١/٢٦ من ١٨ ص ٢١٥)

(نقض جلسة ٦٨/١/١٢ من ١٩ ص ١٣٢٩)

صورية العقد :

الطعن بصورية عقد . عدم قبوله الا من له مصلحة فيه وفي حدود هذه المصلحة .

(الطعن رقم ١٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٤)

(نقض جلسة ٧٤/١/٢٦ من ٢٥ ص ٢١٦)

المفاضلة بين العقود :

المفاضلة بين العقود . مناطه . أن تكون كلها صحيحة . عدم تسجيل عقد البيع الأول أو ثبوت تاريخه . لا أثر له .

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ٧٨/١١/٢٩ من ٢٩ ص ١٨٠)

أثر العقد :

الوضع الظاهر . قاعدة واجبة الاعمال متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك . اعتبار التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية نافذا في مواجهة صاحب الحق متى أسهم الاخير بخطئه - سلبا أو ايجابا - في ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق ..

(الطعن رقم ١٠٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٨)

(نقض جلسة ٨٦/٢/١٦ من ٣٢ ص ٦٣٩)

قاعدة نسبية أثر العقود . لا تحول دون تطبيق نظرية الاوضاع الظاهرة متى توافرت موجبات أعمالها واستوفت شرائط تطبيقها . مؤدى ذلك نفاذ التصرف المبرم بعوض بين صاحب الوضع الظاهر والغير حسن النية في مواجهة صاحب الحق الذي أسهم بخطئه - سلبا أو ايجاباً - في ظهور المتصرف بمظهر صاحب الحق علة ذلك . التمسك بالوضع الظاهر . دفاع جوهرى . أغفال بحث مدى توافر شروطه . خطأ وقصور .

(الطعن رقم ١٨٠٠ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

فسخ العقد :

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٥/٢٥ من ٢٩ ص ١٢٢٨)

إبطال العقد :

دفع المتعاقد بإبطال العقد بعد اقراره بصحته .
غير مقبول .

(الطعن رقم ١٣٠١ لسنة ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٧٦/١٢/٢١ من ٢٧ ع ٢ ص ١٨٠١)

أنواع من العقود :

العقد الإداري :

العقد الإداري . ما هيته . عقد اشتراك الهوائف
الذي تبرمه الهيئة العامة المختصة . خضوعة لقواعد
القانون الخاص . علة ذلك . المنازعة المطرحة في شأنه
منازعة مدنية . اختصاص جهة القضاء العادي
بالفصل فيها .

(الطعن رقم ١٧٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٦)

(نقض جلسة ١٩٧٧/٤/١٩ من ٢٨ ص ٩٩٥)

الترخيص بشغل العقار . وروده على الأموال
العامة للدولة أو للشخص الاعتباري العام . اعتبار
العقد اداريا شرطه .

(الطعن رقم ٢٩٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

عقد نقل الأشخاص :

عقد نقل الأشخاص . أصابة الراكب بضرر اثناء
تنفيذ العقد . تحقق مسئولية الناقل دون حاجة لاثبات
خطئه انتفاء مسئوليته اذا كان الحادث - نتيجة قوة
قاهرة أو خطأ المضرور أو الغير وحده . خطأ الغير
الموجب لاعفاء الناقل من المسئولية . مناطه .

طلب فسخ العقد غير المتضمن للشرط الصريح
الفاسخ . عدم التزام المحكمة باجابه . للمدين توقي
الفسخ بالوفاء بالتزامه ولو بعد انقضاء الاجل المنجذ
بالعقد وإلى ما قبل صدور الحكم النهائي في دعوى
الفسخ . شرطه . الا يكون هذا الوفاء المتأخر مما يضر
به الدائن .

(الطعن رقم ٣٥١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٥/١٢ - الطعن رقم ٩٥٤ لسنة ٥٠ ق)

سلطة محكمة الموضوع في فهم الواقع في الدعوى
واستخلاص نية المتعاقدين على الفسخ الضمني .
شرطه . أن تبين في أسباب حكمها الوقائع والظروف
التي كشفت عن تلاقي ارادتي الطرفين على حل
العقد .

(الطعن رقم ١١٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/٤/٥ من ٣٠ ع ٢ ص ٢٧)

(نقض جلسة ١٩٦٩/١/٢ من ٢٠ ص ٧)

عدم النص في عقد البيع على اعتباره مفسوخا
من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم متى تأخر
المشتري عن سداد الثمن . مؤاده . عدم وقوع الفسخ
إلا بحكم من القضاء .

(الطعن رقم ٧٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٦٢/٢/٨ من ١٢ ص ١٩٦)

الشرط الفاسخ الصريح . وجوب أن تكون
صيغته قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن
تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له .

(الطعن رقم ١٣٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

(نقض جلسة ٧٩/٣/٧ م . ج ص ٧٤٢)

عقد النقل البحري :

عقد النقل البحري . عدم انقضائه الا بتسليم البضاعة للمرسل اليه تسليما فعليا . انتفاء مسئولية الناقل اذا اثبت أن العجز أو التلف راجع الى قوة قاهرة أو الى سبب أجنبي . تفريغ المرسل اليه للبضاعة من السفينة لا يدل بذاته على تسلمه البضاعة ولا ينفي مسئولية الناقل .

(الطعن رقم ١١٤٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

عمل

قانون العمل . اعتباره مكملا لاحكام نظامي العاملين بالقطاع العام الصادرين بقرار رئيس الجمهورية ٣٣٠٩ لسنة ٦٦ والقانون ٦١ لسنة ٧١ خلو التشريعين الاخرين من نص بشأن كيفية حساب الاجر الاضافي للعاملين بالقطاع العام . أثره . وجوب الرجوع في هذا الشأن لقانون العمل وحده .

(الطعن رقم ١٧٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

تقدير قيام المبرر لفصل العامل وتقدير التعويض المستحق له عن الفصل بدون مبرر . من سلطة محكمة الموضوع طالما اقامت قضاها على اسباب سائعة .

(الطعن رقم ٩٣٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

الترقية ليست حقا مكتسبا للعامل . خضوعها لتقدير الشركة . أثره . عدم التزامها بشغل الدرجة الحالية لديها في تاريخ معين .

(الطعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

إعمال مبدأ المساواة . شرطة .

(الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ترقية العاملين بشركات القطاع العام في ظل القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٧١ . شرطها . وجود وظيفة خالية . واستيفاء المرشح لها شروط شغلها طبقا للقواعد والضوابط التي تضعها الشركة . عدم جواز التحدي بقاعدة المساواة لمناهضة أحكام القانون .

(الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

قواعد ترقية مديري وأعضاء الادارات القانونية الخاضعة للقانون رقم ٤٧ لسنة ٧٣ واشترطات شغل الوظائف الفنية بها المنصوص عليها في المادة ١٣ من القانون المشار اليه . خضوعها لقراري وزير العدل ١٧٨٥ لسنة ٧٧ و ٧٨١ دون تلك الواردة في القانون رقم ٤٨ لسنة ٧٨ . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٣٢٨ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

ف

فوائد

شرط استثمار طالب البناء امواله على سندات الاسكان الالتزام الناشئ عنه . مؤداه . عدم التزام المستثمر بأداء فوائد عن تراخيه في هذا الاستثمار . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٠٣٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

سريان فوائد التأخير من تاريخ المطالبة القضائية شرطه . أن يكون المبلغ محل الالتزام معلوم المقدار وقت الطلب . المقصود به في معنى المادة ٢٢٦ مدني . الا يكون المبلغ تعويضا يخضع في تحديده لمطلق تقدير القضاء ولو نازع المدين في مقداره .

(الطعن رقم ٤٩٣ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٨ من ٢٢ ع ٢ ص ٢٤٤٦)

القسمة

عقد القسمة :

عقد القسمة من العقود التبادلية من التصرفات المالية الدائرة بين النفع والضرر . مؤداه . وجوب قيام وكالة خاصة أو وكالة عامة ينص فيها صراحة على تفويض الوكيل في إبرامه .

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٥/٦ من ١٣ ص ٥٩٥)

عقد القسمة لا يبطله عدم توقيع جميع الشركاء عليه . اعتباره ملزما لكل من وقعه منهم . عدم جواز تحلل الشريك المتقاسم من التزاماته ، بحجة تخلف شريك آخر عن التوقيع على عقد القسمة . للاخير اقراره متى شاء . مؤداه . انصراف اثره اليه . م ٨٣٥ مدنى .

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٥٥/٥/١٩ من ٦ ص ١١٥٢)

القسمة غير المسجلة :

القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة لنصيبه .

عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير الا اذا سجلت القسمة . الغير . ماهيته .

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/١٢ من ٣١ ع ٢ ص ٤٧٦)

القسمة غير المسجلة . أثرها . اعتبار المتقاسم فيما بينه وبين المتقاسمين الآخرين مالكا ملكية مفرزة

للجزء الذى وقع فى نصيبه . عدم الاحتجاج بهذه الملكية على الغير إلا إذا سجلت القسمة المقصود بالغير فى حكم المادة ١٠ من قانون تنظيم الشهر العقارى .

(الطعن رقم ٧٤٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

دعوى القسمة :

دعوى قسمة الشائع تخصيصه أو بيعه اختصاص المحكمة الجزئية بنظرها المواد ٣/٤٣ ، ٤٦٤ مرافعات ، ٨٣٦ مدنى .

(الطعن رقم ٧١٩ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٦/١٥ من ٢٧ ص ١٣٥٨ ، ١٩٦٢/١/٢٥ من ١٣ ص ١٠٤)

الحكم فى دعوى الملكية الصادر من المحكمة الابتدائية . سقوط الحق فى استئنافه بمضى اربعين يوما من تاريخ صدوره . المواد ٢١٣ ، ٢١٥ ، ١/٢٢٧ مرافعات . توقف الفصل فى دعوى القسمة على الفصل نهائيا فى دعوى الملكية . لا أثر له . علة ذلك . استقلال دعوى القسمة عن دعوى الملكية موضوعا وسببا

(الطعن رقم ٤٢٢ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

حكم القسمة :

حكم القسمة . حجيته . ملزم للشركاء المتقاسمين الذين كانوا طرفا فى دعوى القسمة بما فصل فيه .

(الطعن رقم ٢١٣٥ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٦٦/٢/٢٤ من ١٧ ص ٤١٢)

اثر القسمة .

المشتري لحصة شائعة من المتقاسم . لا يحتج عليه بالقسمة اذا سجل عقده قبل تسجيلها . علة ذلك

الشدة التي تعقبها الوفاة .

(الطعن رقم ٦٠٤ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٨١/٤/٢٨ من ٣٢ ص ١٣٠٤)

(الطعن رقم ١٩٩٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٥٥/٤/٢١ لسنة ٦ ص ١٠٢٠)

قوة قاهره

أعتبار الحادث قوة قاهرة . شرطه . عدم إمكان توقعه واستحالة دفعه أو التحرز منه .

(الطعن رقم ١٣٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

(الطعن رقم ٨٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٢٧ من ٣١ ص ٩٣٠)

(الطعن رقم ١٩٩٤ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٩)

(نقض جلسة ١٩٦٤/٣/٢٦ من ١٥ ص ٣٩٥)

مسئولية

المسئولية التقصيرية :

ركن الخطأ :

أقامة المشروع قرينة قانونية مقتضاها اعفاء الجهة الادارية من اثبات خطأ أمين المخزن عند وقوع عجز فى عهدته التى تسلمها فعلا . م ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات . ارتفاع هذه القرينة متى اثبت الموظف ان العجز نشأ عن اسباب قهرية أو ظروف خارجة عن ارادته لم يكن فى وسعه التحوط لها .

(الطعن رقم ١٨١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٣)

استخلاص ادلة ثبوت الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما . استقلال قاضى الموضوع به متى كان سائغا ومستمدا مما يؤدي اليه .

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ من ٣٠ ص ٣٢٧)

القرينة القانونية القائمة على افتراض خطأ أمين المخزون عند وقوع عجز فى عهدته التى تسلمها فعلا م ٤٥ من لائحة المخازن والمشتريات . مناطها . ثبوت سيطرته الواقعية والكاملة على عهدته اثناء العمل

كفالة

الاتفاقية الدولية الخاصة بالاستيراد المؤقت للسيارات التى وافقت عليها جمهورية مصر بالقانون رقم ٩٩ لسنة ١٩٥٦ . مؤداها كفالة نادى السيارات الصادر عنه دفتر المرور للمستورد . كفالة قانونية . قرار وزير الخزانة رقم ٦ لسنة ١٩٦٨ . أثر : عدم اعتبار نادى السيارات المصرى ضامنا مالم يصدر عنه دفتر مرور دولى بالنسبة للسيارة المفرج عنها .

(الطعن رقم ٨٢٣ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/١٠)

م

مرافق عامة

المرفق العام . كيف تسييره الرقابة القضائية على ممارسة المرفق لسلطته . مناط أعمالها .

(الطعن رقم ١٧١٦ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

مرض الموت

مرض الموت العبرة فى تحديده بأن يكون مما يغلب فيه الهلاك وشعور المريض بدنو أجله وينتهى بوفاته . استطالة المرض لأكثر من سنة . عدم اعتباره مرض موت الا فى فترة تزايد واشتداد وطأته العبرة بفترة

(الطعن رقم ٦٨٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٠)

(نقض جلسة ١٩٦٨/١١/٢٨ من ١٩ ص ١٤٤٨)

بعض صور المسؤولية التقصيرية

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة :

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة .
قيامها على خطأ مفترض في جانب المتبوع مرجعة
سوء اختياره التابعة وتقديره في رقابته . تحققها
كلما كان فعل التابع قد وقع اثناء تأدية الوظيفة أو
كلما استغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة
ارتكابه . لا عبرة للباعث على ارتكاب الفعل .

(الطعن رقم ١٢٩١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٣/٢٢ من ٢٧ ص ٧٤٢)

مسئولية المتبوع . ماهيتها . اعتباره في حكم
الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون لا العقد . م
١/١٧٤ مدنى . له حق الرجوع على تابعة بما أوفاه
من تعريض للمضور . م ١٧٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ١٩٨١/١١/٢٢ من ٣٢ ع ٢ ص ٦٠٣١)

مسئولية المتبوع . تحققها كلما كان فعل التابع
قد وقع اثناء وظيفته أو كلما استغل وظيفته أو
ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكابه الفعل غير المشروع
لمصلحة المتبوع أو عن باعث شخصي سواء كان الباعث
متصلاً بالوظيفة من عدمه أو وقع الخطأ بعلم المتبوع
أو بغير علمه . م ١٧٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٠٩٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

(نقض جلسة ٧٩/١٢/٦ من ٣٠ ع ٢ ص ١٨١)

(نقض جلسة ٧٩/٥/٣١ من ٣٠ ع ٢ ص ٤٩٦)

القضاء ببراءة التابع لانتفاء الخطأ في جانبه

وان تمكنه النظم السائدة من المحافظة عليها . تخلف
ذلك . اثره . انتقاء هذه القرينة في حقه . مؤداه وقوع
عبء اثبات مسئولية امين المخزن على عاتق الجهة
الادارية .

(الطعن رقم ١٠١٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٣١)

استخلاص الخطأ الموجب للمسئولية وعلاقة
السببية بينه والضرر . من سلطة محكمة الموضوع
متى أقامت قضاها على أسباب سائغة تكفى لحمله .

(الطعن رقم ٦٨ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ١٩٧٩/١٢/٢٠ من ٣٠ ع ٣ ص ٣٣٧)

(نقض جلسة ١٩٨١/١٢/٣٠ من ٣٢ ع ٢ ص ٢١٧٥)

استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر
من سلطة محكمة الموضوع . متى كان سائغا
ومستمدأ مما يؤدي اليه .

(الطعن رقم ٩٦٥ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

ركن الضرر :

تفويت فرصة رعاية المورث لطالبي التعويض
بموته . أمر محقق . وجوب احتسابه كسبا فائتاً
وتعويضهم عنه .

مناطه . ما كان المضور يأمل الحصول عليه مادام
لهذا الامل اسباب مقبولة .

(الطعن رقم ٢١٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٣٠)

(نقض جلسة ٦٢/٣/٢٩ من ١٣ ص ٧٣٥)

ركن السببية :

علاقة السببية . مناط ثبوتها . قيام علاقة مباشرة
بين الخطأ والضرر يستفاد منها أن وجود المضرر انما
يترتب على وجود المضرر انما يترتب على وجود الخطأ

ما هيئتها . اعتبار المتبوع في حكم الكفيل المتضامن كفالة مصدرها القانون . اعتبار الدعوى كأن لم تكن بالنسبة للتابع أو المتبوع . لا أثر لها في مسئولية الآخر . للمضروب أن يقاضى ايهما بالحق كله دون اختصاص الآخر .

(الطعن رقم ١٣٨٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٧)

(نقض جلسة ٨١/١١/١٢ من ٣٢ ص ٢٠١١ ، ١٩٨٨/٢/١٨ - الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق)

مسئولية المتبوع عن اعمال تابعه غير المشروعة ما هيئتها . لا محل لاعمال حكم المادة ٦٨ من قانون التأمين الاجتماعي رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ بشأن وجوب توافر الخطأ من جانب رب العمل . مجال اعماله عند بحث المسئولية الذاتية للأخير .

(الطعن رقم ١٣٦٦ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . م ١٧٤ مدني مناطها . علاقة التبعية . قوامها . السلطة الفعلية للمتبوع على التابعة في الرقابة والتوجيه .

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

مسئولية حارس الاشياء:

مسئولية حارس الاشياء . أساسها . خطأ مفترض جواز دفعها باثبات السبب الأجنبي . م ١٧٨ مدني .

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

دعوى المسئولية الناشئة عن عمل الغير أو عن حراسة الاشياء . بدء سريان تقادمها الثلاثي من يوم العلم الحقيقي - لا الظني - بوقوع الضرر وبشخص المسئول قانونا عنه . م ١٧٢ مدني .

لا يمنع المحكمة المدنية من الزام المتبوع بالتعويض على أساس مسئولية حارس الشيء . م ١٧٨ مدني . تفهيم باثبات الحارس أن وقوع الضرر كان بسبب اجنبى . وقوع الضرر نتيجة عيب في الشيء ولو كان خفيا . لا يعد سببا أجنبيا . (مثال)

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

علاقة التبعية . مناطها . أن يكون للمتبوع سلطة فعلية في اصدار الاوامر الى التابع في طريقة اداء عمله وفي الرقابة عليه ومحاسبته . المدارس الخاصة والعاملين بها . تبعيتهم لوزارة التعليم بالمعنى المقصود في المادة ١٧٤ مدني .

(الطعن رقم ١٧٣٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٠)

(نقض جلسة ٧٧/١١/١ من ٢٨ ع ٢ ص ١٥٩٢)

تحديد المتبوع . العبرة فيه بوقت وقوع الخطأ من التابع . لا يغير من ذلك انتقاله الى رقابة وتوجيه متبوع آخر أو انتهاء هذه التبعية بعد ذلك

(الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١١/٢٨ من ٣٣ ص ١٠٦٥)

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعه غير المشروعة . قيامها على خطأ مفترض في جانب المتبوع مرجعه سوء اختياره لتابعه أو تقصيره في رقابته . تحققها كلما كان فعل التابع قد وقع اثناء تأدية الوظيفة أو كلما استغل وظيفته أو ساعدته أو هيأت له فرصة ارتكابه . م ١/١٧٤ مدني . لا عبرة للبائع على ارتكاب الفعل .

(الطعن رقم ٢١٥٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)

(نقض جلسة ٧٩/١٢/٦ من ٣٠ ع ٣ ص ١٨١)

مسئولية المتبوع عن أعمال تابعة غير المشروعة

(الطعن رقم ١٩٦٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٨)

مستولية حارس الشئ . م ١٧٨ مدنى . قيامها
بلى خطأ مفترض للحارس دفعها باثبات وقوع الضرر
سبب اجنبى . وجود عيب فى الشئ ولو كان خفيا .
مدم اعتباره سببا اجنبيا . إغفال الحكم بحث إذا كان
بذا العيب هو السبب الفعال المنتج المحدث للضرر .
صور .

(الطعن رقم ١٨٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

(نقض - جلسة ٧٨/٢/٩ من ٢٩ ص ٤٣٧ . جلسة ٧٨/٤/٢٥ من ٢٩ ص ١٠٩٤)

مستولية حارس الاشياء . مناطها . وقوع الضرر
بفعل الشئ بتدخله تدخلا ايجابيا فى احداثه . نفيها
لا يكون ألا باثبات السبب الأجنبى . م ١٧٨ مدنى .

(الطعن رقم ٧١ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣٠)

(نقض جلسة ٧٧/٣١ من ٢٨ ص ٥٩١)

مستولية حارس الشئ . اساسها . قيامها على
خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس . جواز نفيها
باثبات وقوع الضرر بسبب اجنبى . وجود عيب فى
الشئ ولو كان نفيها لا يعد سببا اجنبيا .

(الطعن رقم ٢٠٤٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/١)

(نقض جلسة ٧٨/٤/٢٥ من ٢٩ ص ١٠٩٤)

(نقض جلسة ٦٥/٣/٢٥ من ١٦ ص ٣٩٦)

مستولية حارس الشئ . أساسها . قيامها على
خطأ مفترض لا يقبل اثبات العكس ، جواز دفعها
باثبات وقوع الضرر بسبب اجنبى .

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ٨١/١٢/٢ من ٣٢ ص ٢٢١٢ ، ٧٨/٤/٢٥ من ٢٩ ص ١٠٩٤)

الحارس الذى يفترض الخطأ فى جانبه هو الشخص

الطبيعى أو المعنوى الذى تكون له السلطة الفعلية
على الشئ ولا تنتقل الحراسة منه الى تابعه المنوط به
استعمال الشئ .

(الطعن رقم ٧٥٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٦٥/٣/٢٥ من ١٦ ص ٣٩٦ ، ٧٨/٤/٢٥ من ٢٩ ص ١٠٩٤)

مستولية حارس الأشياء ماهية الشئ الذى
لا يندرج فى مدلول الآلات الميكانيكية - شرط تحققه
. وقوع الضرر بفعل الشئ هو بتدخله تدخلا ايجابيا
فى إحداثه . م ١٧٨ مدنى - عدم استظهار الحكم ذلك
يؤدى إلى القصور المبطل .

(الطعن رقم ١٩٠٧ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

مستولية حارس الشئ . قيامها على خطأ
مفترض لا يقبل اثبات العكس إلا بنفى علاقة
السببية باثبات السبب الأجنبى . م ١٧٨ مدنى .

(الطعن رقم ٣٣٠ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

من يدعى خلاف الظاهر . عليه عبء اثباته
مدعىا كان أو مدعى عليه . مستولية حارس الأشياء
قيامها على خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات
العكس . جواز دفعها بالسبب الأجنبى . تقديم
الطاعنين شهادة رسمية تفيد قيد اللجنة ضد أحد
تابعى المطعون ضدها لتسببيه خطأ فى موت مورثة
الطاعنين بأن صدمها بالسيارة التى هى فى حراستها .
قضاء الحكم برفض الدعوى تأسيسا على عدم دلالة
الشهادة سابقة البيان على وقوع الضرر بفعل السيارة
دون أن تقدم المطعون ضدها ما يخالف ظاهر دلالتها
أو تنفى رابطة السببية . فساد فى الاستدلال .

(الطعن رقم ١٣١٣ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٧)

الدفاع في الدعوى . مناطها .

(الطعن رقم ٢٣٤٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ س ٣٣ ع ٢٤ ص ١٣٧٩)

استعمال حق النشر :

حصانة النشر . اقتصارها على الاجراءات القضائية العلنية والاحكام التي تصدر علنا . عدم امتدادها الى التحقيق الابتدائي أو التحقيقات الاولى أو الادارية . نشر وقائع التحقيقات أو ما يقال أو يتخذ فيها من ضبط أو حبس أو تفتيش أو اتهام أو احالة الى المحاكمة . مسئولية من نشرها . علة ذلك .
المادتان ١٨٩ ، ١٩٠ عقوبات .

(الطعن رقم ٢٤٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

حرية الصحفي في نشر ما يحصل عليه من انباء أو معلومات أو احصائيات من مصادرها وفقا للقانون ١٤٨ لسنة ١٩٨٠ . شرطها .

(الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

جواز تناول القضايا في مرحلة التحقيق الابتدائي أو الاولى بالنشر . التزام الصحف في هذه الحالة بنشر بيانات عنها والقرارات الصادرة فيها وموجز الاسباب التي اقيمت عليها . ما يؤثر على صالح التحقيق أو مراكز من تناولهم . اعتباره من محارم القانون . اثره عدم جواز نشره . ق ١٤٨ - لسنة ١٩٨٠

(الطعن رقم ١٤٤٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٧)

مسائل عامة :

ترتب مسئوليتين - جنائية ومدنية - عن الفعل الواحد . اقامة دعوي المسؤولية امام المحكمة المدنية . اثره . وجوب وقف السير فيها حتي تمام الفصل نهائيا

اختصاص شركة توزيع كهرباء القاهرة اعتبار من تاريخ قيامه في عام ٧٨ بمزاولة جزاء من نشاطه هيئة كهرباء مصر . مؤداه . اعتبارها من تاريخ قيامها صاحبة السبارة الفعلية والحارسه على شركة الكهرباء في المناطق التي تقوم بتوزيع وبيع الطاقة الكهربائية فيها . مسئوليتها عما يحدث عنها من اضرار . لا محل لإعمال اللائحة التنفيذية لقانون الحكم المحلي لصدورها عام ١٩٧٩ تاليا لواقعة الحادث .

(الطعن رقم ٥٦٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢٩)

إساءة استعمال الحق :

استعمال الحق استعمالا مشروعاً . لا يترتب مسئولية عما ينشأ عن ذلك من ضرر بالغير . م ٤ مدني . إساءة استعمال الحق . صورها م ٥ مدني (مثال : بشأن حق المالك في فتح باب على منور مشترك) .

(الطعن رقم ١٦٩٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١١/١ س ٢٩ ص ١٦٦١)

إساءة استعمال حق التقاضي :

حق التقاضي من الحقوق العامة . الانحراف به عما شرع له واستعماله استعمالا كيديا موجب للمساءلة وتعويض الاضرار . استخلاص الخطأ وعلاقة السببية بينه وبين الضرر . من سلطة محكمة الموضوع متى كان سائغا .

(الطعن رقم ٢٥٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١٢/٣٠ س ٣٣ ص ١٣٧٩)

(نقض جلسة ١٩٦٧/١٢/٢٨ س ١٨ ص ١٩٤٣)

المسائلة عن إساءة استعمال حق التقاضي أو

مكسبا للملكية . متى توافرت شروطه القانونية .
مؤدي ذلك .

(الطعن رقم ٧٥٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٤/٦/٢٥ من ١٥ ص ٨٩٠)

(نقض جلسة ١٩٦٨/٤/٩ من ١٩ ص ٧٤١)

إقامة المشتري دعوى صحة ونفاذ عقد البيع
الصادر من البائع له . عدم اعتباره نزولا منه عن مدة
وضع اليد السابقة في كسب الملكية بالتقادم .
علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٨٨/١/٢ - الطعن رقم ٥٢٨ لسنة ٥١ ق)

إقامة المشتري دعوى صحة ونفاذ عقد البيع .
عدم اعتباره نزولا منه عن مدة وضع اليد السابقة في
كسب الملكية بالتقادم . ذلك .

(الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٨٨/٥/١١ - الطعن رقم ٢٠٩٢ لسنة ٥٢ ق)

استناد الحكم المطعون فيه على القرار لنهي سفة
الوكيل الملاحي في تشيل مجهز السفينة في س
المسئولية التقصيرية عن الحوادث البحرية دون الرجوع
الي عقد امانة السفينة او لعرف . خطأ في التأسيس .

في الدعوى الجنائية . م ٢٦٥ اجراءات جنائية . عله
ذلك . اعتبارها مانعا قانونيا من متابعة السير في
اجراءات الدعوى المدنية التي يجمعها بالدعوى الجنائية
اساس مشترك .

(الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٥٦ ق - هيئة عامة جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

عدم النعي في عقد امانة السفن علي الأعمال
التي يقوم بها امين السفينة "التوكيل الملاحي" . مؤداه .
وجوب الرجوع الي العرف لتحديد هذه الأعمال
علة ذلك .

خلو قرار وزير النقل البحري رقم ١٤٣ لسنة
١٩٧٦ بشأن غرض شركة القناة للتوكيلات الملاحية
من تحديد المركز القانوني لامين السفينة او بيان
طبيعة الاعمال التي تدخل في نطاق مسئوليته .

استناد الحكم المطعون فيه على القرار لنهي سفة
الوكيل الملاحي في تشيل مجهز السفينة في س
المسئولية التقصيرية عن الحوادث البحرية دون الرجوع
الي عقد امانة السفينة او لعرف . خطأ في التأسيس .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

(الطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٠)

المسئوليتان العقدية والتقصيرية . نطاق كل
منهما . إخلال التعاقد الذي يكون جريمة أو بعد غشا
أو خطأ جسيما . وجوب إعمال المسئولية التقصيرية .

(الطعن رقم ٤٠٢ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

ملكية

اسباب كسب الملكية :

وضع اليد المدة الطويلة :

وضع اليد المدة الطويلة . كفايته بذاته سببا

انتقال الملكية :

عدم انتقال ملكية العقار الي المشتري
الا بتسجيل عقد البيع او الحكم بصحة التعاقد عنه .

(الطعن رقم ١٥٠٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٧/١٢/١٥ من ٢٨ ص ١٨١٠ ، ١٩٨١/٥/١٢)

(من ٢٦ ص ٩٩٧ ، ١٩٦٠/١/١٦ من ٣٧ ص ٥٨٨)

(الطعن رقم ١٥٦٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

حظر تكرار بيع الاراضى :

حظر التصرف فى العقار على خلاف عقد سابق .
م ٨٢ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اقتصاره على بيع
الاماكن المعدة للسكنى . تكرار بيع الاراضى لا يكون
جريمة نصب شرطه . بقاء الملكية للبائع وقت صدور
التصرف

(الطعن رقم ١٧٩ لسنة ٥٢٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٨)

(الطعن رقم ٢٥ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٥/٥/٩)

حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية والاراضى الفضاء :

حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية
والاراضى الفضاء فيما عدا الحالات التى يوافق عليها
مجلس الوزراء بشروط معينة - . لمجلس الوزراء
الاستثناء من هذه الشروط كلها أو بعضها فى الحالات
التي تقتضيها مصالح البلاد القومية أو الاقتصادية أو
متطلبات التنمية الاجتماعية أو اعتبارات المجاملة ق
٨١ لسنة ١٩٧٦ .

الغاء هذا الاستثناء بالقانون رقم ١٠٦ لسنة
١٩٨٥ .

مؤداه . بقاء سلطة مجلس الوزراء فى الموافقة
على تلك الاجانب متى توافرت جميع الشروط التي
نص عليها القانون .

(الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٣)

حظر تملك غير المصريين للعقارات المبنية أو
الاراضى الفضاء . المادتان ١ ، ٤ ق ٦١ لسنة ١٩٧٦ .
سريانه على كل تصرف ولو كان فى صورة بيع عرفي

عدم التسجيل . اثره . بقاء الملكية على ذمة البائع . البناء
الذي يقيمه المشتري . ملكيته تكون للبائع بحكم
الاتصاق .

(الطعن رقم ١١٢٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٨)

الملكية فى المواد العقارية . عدم انتقالها سواء
بين المتعاقدين أو بالنسبة الى الغير الا بالتسجيل .
توزيع الارض المستولي عليها على صغار المزارعين .
لا يترتب عليه بذاته انتقال الملكية اليهم بل يتعين
لانتقال ملكيتها اليهم ان يتم تسجيلها باسم من
وزعت عليه .

(الطعن رقم ١٢٩٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/١١)

(نقض جلسة ١٩٧٦/٤/٦ م ٢٧ ص ٧٦٢)

الملكية فى العقار . لا تنتقل الا بالتسجيل .
الحكم الصادر بصحة ونفاذ عقد البيع لا يترتب بذاته
انتقال الملكية مالم يسجل أو يؤشر على هامشه طبقا
للقانون .

(الطعن رقم ٢٢٧٦ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/٦/٥)

(نقض جلسة ٨٢/١١/١١ م ٣٣ ع ٢ ص ١٠١٢ ، ٨٠/١٢/٢٣ م ٣١ ع ٢ ص ٢١٠٢ ، ٨٦/٣/٢٧ الطعن رقم ٢١٣٦ لسنة ٥٢ ق)

القيود الواردة على الملكية :

حق المظل :

حق الجار فى أن يكون له مظل على جاره .
شرطه . المادتان ٨١٩ ، ٨٢٠ مدني . عدم بيان الحكم
ما هية المطلات التي اقيمت ووجه مخالفتها للقانون أو
تحقيق دفاع الطاعن بانه كسب الارض التي يطلب
عليها بالتقادم . قصور .

أو أي سبب آخر من شأنه أن يؤدي إلى الملكية عدا الميراث بطلان التصرف المخالف بطلانا مطلقا متعلق بالنظام العام .

(الطعن رقم ٤٣٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

(نقض جلسة ١٩٨٥/١٢/١٢ - الطعن رقم ٦٢٦ لسنة ٥٢ ق)

املاك الدولة الخاصة :

الأراضي الداخلة في زمام البلاد . خروجها عن نطاق الأراضي غير المزروعة التي كان يجوز قلمكها بالاستيلاء سواء كانت وسيلته هي الترخيص أو التعمير . م ٨٧٤ مدني .

(الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

(جلسة ١٩٨٨/١/٢٦ من ١٨ ص ٢٣ ، نقض جلسة ٨٢/٢/١٥ من ٣٣ ص ٢٤١ ، جلسة ١٩٨٨/٢/٢٠ من ٢٠ ص ٣٦٨)

أموال الدولة الخاصة . تقسمها إلى أراضي زراعية وبور وصحراوية . مناطه . م ٢٠٠ لسنة ١٩٦٤ .

الأراضي المعتبرة خارج حدود الزمام في معنى المادتان ٨٧٤ مدني . تحديدها وفقا لهذا التقسيم بالأراضي الصحراوية . تقدير ذلك . من سلطة محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ٣٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

ملكية الأراضي الصحراوية م ٥ ق ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ بقاء قيامها طالما استندت إلى عقود مسجلة أو أحكام سابقة على العمل بالقانون المذكور . الأراضي الصحراوية في معنى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ بتنظيم تأجير العقارات المملوكة للدولة ملكية خاصة والتصرف فيها . هي تلك الواقعة في المناطق المعتبرة خارج الزمام .

(الطعن رقم ٤٣٩ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٣)

(نقض جلسة ١٩٨٢/٥/٢٠ من ٣٢ ص ١٤٠)

(نقض جلسة ١٩٨٢/١/٢٦ من ٩٣ ص ١٩٢)

ملكية الأراضي الصحراوية . م ٥ ق ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ . بقاء قيامها طالما استندت إلى عقود مسجلة أو أحكام سابقة على العمل بالقانون المذكور ، الأراضي الصحراوية في معنى القانون ١٠٠ لسنة ١٩٦٤ . ملك خاص للدولة . عدم جواز قلمكها بالاستيلاء . التصرف فيها ، كيفيته . إقرار الملكيات التي أقرها القانون ١٢٤ لسنة ١٩٥٨ والسابقة على نفاذه المستندة إلى حكم المادة ٣/٨٧٤ مدني . شرطه .

(الطعن رقم ٢٤٨٧ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

تمليك المساكن الشعبية الاقتصادية والمتوسطة :

تمليك المساكن الشعبية الاقتصادية والمتوسطة التي أقامتها المحافظات أعمالا للمادة ٧٢ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بالثمن المحدد بها . اقتصاره على ما تم شغله منها قبل العمل بالقانون المذكور . قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١١٠ لسنة ١٩٧٨ فيما تجاوزه بوضع ملحق ثان بقواعد تمليك ما تم شغله من هذه المساكن قبل العمل بذلك القانون . خروجه عن حدود التفويض اعتباره عديم الأثر . مؤداه العبرة بالثمن المتفق عليه دون المحدد بذلك القرار .

(الطعن رقم ٢٠٢٣ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٣١)

ملكية الاسرة :

تملك افراد أسرة مهجري النوبة الاراضي الزراعية مناطه . المقصود بالأسرة قرار وزير الشؤون الاجتماعية رقم ١٠٦ لسنة ١٩٦٢ . أثره انشاء حالة جديدة من حالات ملكية الاسرة .

(الطعن رقم ١٩٥١ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

(نقض جلسة ١٩٨٣/٣/١٠ من ١٤ ع ١٦ ص ٦٧٤)

الملكية الادبية والفنية :

حق استغلال المصنف ماليا . للمؤلف وحده .
« لا يجوز لغيره مباشرة هذا الحق دون اذن منه أو بمن
يخلفه له أن ينزل عن هذا الحق .

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

التعديل أو التحوير في المصنف الفني للمؤلف
وحده أو يأذن كتابع منه . تحويل المصنف من لون الى
لون آخر . بأذن المؤلف أو خلفه جواز اجراء التعاقد
الاخر تحويرا فيه حسبما تقتضيه أصول الفن في اللون
الذي حوّل اليه .

(الطعن رقم ١٥٦٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

نشر الدراسات التحليلية والاقتباسات القصيرة
التي تستهدف النقد أو المناقشة أو الاخبار . جائز
بغير إذن المؤلف أو ورثته . علة ذلك اقتصار الطاعن
على توضيح الملابس السياسية والاجتماعية التي
ظهر فيها المصنف وتقديم دراسة تخدم القارئ . عمل
مباح . مجرد القيام به لا يعد اشتراكا في الاعتداد
على حق النشر مالم يقم دليل على أن كاتبها قد
اشترط في الاستغلال المادي للمؤلف .

مخالفة ذلك . خطأ في القانون وفساد في
الاستدلال .

(الطعن رقم ٢٣٦٢ لسنة ٥٧ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

معاهدات

الاتفاق على أعمال شرط بارامونت . مؤداة .
تطبيق معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ الخاصة بتوحيد

بعض القواعد المتعلقة بسندات الشحن .

(الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

عدم إخطار المرسل اليه الناقل كتابة بهلاك أو
تلف البضاعة قبل أو في وقت تسليمها . أثره .
اعتباره قرينة على تسليم الناقل للبضاعة بالحالة
الموصوفة بها في سند الشحن إلى أن يثبت العكس . م
٦/٣ معاهدة بروكسل .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نزاع الملكية للنفعة العامة

لجنة الفصل في المعارضات عن تعويض نزاع
الملكية . اختصاصها . نطاقه . الحكم الصادر من
المحكمة الابتدائية بالفصل في قرارها . نهائي .

(الطعن رقم ١١٢١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٦)

(نقض جلسة ١٩٧٨/١/١٦ من ٢٩ ص ٢٠٣)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٦/١٤ من ٢٦ ص ١٢٧٢)

التزام الجهة نازعة الملكية بتعويض الملاك .
مصدره القانون وليس العمل غير المشروع سواء
التزمت تلك الجهة الاجراءات التي رسمها قانون نزاع
الملكية من عدمه . علة ذلك .

(الطعن رقم ١١٤٠ ، ١١٤٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(الطعن رقم ١١٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٤/٤/٢٢)

المنزوع ملكيته . لا حق له في مطالبة الجهة
المستفيدة من نزاع الملكية بالتعويض تقاضية
التعويض يكون من إدارة نزاع الملكية التابعة للهيئة
للمساحة . القرار الجمهوري ٢٤٣٣ لسنة ١٩٧١ .

(الطعن رقم ١١٤٠ ، ١١٤٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة

(١٩٨٨/١/١٤)

(الطعن رقم ١١٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٤/٤/٢٢)

التعويض عن نزع الملكية أو الاستيلاء المؤقت
الا لتجاء مباشرة الى المحكمة لطلبه . شرط ذلك . أن
يتم نزع الملكية أو الاستيلاء غصبا دون اتباع اجراءات
القانون ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ . الاستيلاء بطريق
التنفيذ المباشر أثناء نظر الاستئناف . لا اثر له .

(الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

(الطعن رقم ١٩٢٦ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)

أستيلاء الحكومة على عقار دون اتباع اجراءات
قانون الملكية غصب يستوجب مسئوليتها عن
التعويض . بقاء العقار على ملك صاحبه رغم
الاستيلاء وثبت حقه في استرداده الى حين صدور
مرسوم بنزع الملكية . استحالة رده أو اختياره المطالبة
بالتعويض عنه . أثره . وجوب النظر في التعويض عن
الضرر كلما كان متغيرا كما صار اليه عند الحكم لا كما
كان عندما وقوع أحقية المالك الى جانب ذلك في
التعويض عن عدم الانتفاع به من تاريخ الاستيلاء
وحتى دفع التعويض المستحق عن نزع الملكية .

(الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

(نقض جلسة ١٩٥٧/١١/١٤ ص ٨٣)

(نقض جلسة ١٩٨٣/١/٣٠ ص ٣٤)

نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة بقرار من
الوزير المختص . ترتيبه آثاره القانونية من تاريخ
نشره بالجريدة الرسمية . عدم ايداع النماذج الموقع
عليها من ذوي الشأن أو القرار الوزاري بنزع الملكية
مكتب الشهر خلال سنتين من تاريخ النشر . أثره .
سقوط مفعوله وزوال آثاره . اختصاص المحكمة
الابتدائية بنظر الطعن في قرار لجنة المعارضات
اقتصاره على النظر انتهائيا في موافقة قرار اللجنة

لاحكام القانون . قضاؤها في طلبات جديدة لم يسبق
طرحها على اللجنة . جائز استئنافه طبقا للقواعد
العامة .

(الطعن رقم ٢٦ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٦/١٨)

(نقض جلسة ٧٨/١/١٦ ص ٢٩)

(نقض جلسة ٧٥/١٢/٣ ص ٢٦)

استيلاء الحكومة على عقار دون اتباع الاجراءات
القانونية . غصب يستوجب مسئوليتها عن التعويض
أثره . بقاء العقار على ملك صاحب رغم الاستيلاء
وثبت حقه في استرداده الى حين صدور مرسوم بنزع
الملكية . استحالة رده أو اختيار المطالبة بالتعويض
عنه . أثره وجوب النظر في التعويض عن الضرر .

(الطعن رقم ٩٨٧ لسنة ٥٦ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

(الطعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٥)

نقل

نقل بحري

الوكيل الملاحى للسفينة الاجنبية التى تباشر
نشاطها تجاريا فى مصر . ماهيته . اعتبار مقره
موطنا لمالك السفينة .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ ص ٣٨٨)

(نقض جلسة ٨٦/١/١٢ - الطعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٥١ ق - قرب)

(نقض جلسة ٨٥/٢/٤ الطعن ٨٧١ لسنة ٤١ ق)

عدم النص في عقد أمانه السفن علي الأعمال
التي يقوم بها أمين السفينة "التوكيل الملاحى" مؤداه .
وجوب الرجوع الي العرف لتحديد هذه الأعمال . علة
ذلك . خلو قرار وزير النقل البحري رقم ١٤٣ لسنة
١٩٧٦ بشأن عرض شركة القناة للتوكيلات الملاحية

(الطعن رقم ١٨٩٧ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

الطرد أو الوحدة . الأساس لتحديد الحد الأقصى
لمسئولية الناقل عن تعريض هلاك البضاعة أو تلفها
في معاهدة بروكسل لسندات الشحن ماهية كل منها .
وصف البضاعة بأنها مما تشحن بأيهما - الطرد أو
الوحدة - مرجعة نوع الشحن لانواع البضاعة .

(الطعن رقم ١٢٢٩ لسنة ٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نظام Free in and Out^٥ . مفاده . عدم
تحمل الناقل في مشاركة الايجار مصروفات الشحن
والتفريغ ولا شأن لهذا النظام بمسئولية الناقل عن
تسليم الرسالة الى المرسل اليه في ميناء الوصول .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نظام " تسليم تحت الشحنة " . مفاده . قيام
الناقل بتسليم البضاعة مباشرة الى صاحبها تحت
الروافع دون أن تدخل المخازن الجمركية وتظل في
حراسة الناقل حتى تمام تسليمها .

(الطعن رقم ٢١٤٧ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٦)

نقل جوى

الطائرة مكانا عاما اثناء ارتياد الجمهور لها . فقد
الشيكات السياحية في الطائرة بسبب غير إرادى من
الطاعن مؤداه احقية من عثر عليها في إقتضاء
المكافأة دون التقيد بمدى أحقية الناقل الجوى في
الرجوع عليه أو بمدى أحقية الطاعن في الرجوع على
الشركة الناقلة وبإمكان صرف الشيكات لغير صاحبها
من عدمه .

من تحديد المركز القانوني لأمين السفينة أو بيان واسعة
الأعمال التي تدخل في نطاق مسئوليته . استناد
الحكم المطعون فيه على القرار لنفي صفة الوكيل
الملاحى في تمثيل مجهز السفينة في شأن المسئولية
التقصيرية عن الحوادث البحرية دون الرجوع الى عقد
أمانة السفينة أو العرف . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٥٦٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(الطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٦/٣/٣١)

التسليم القانوني الذي تبدأ به مباشرة الاجراءات
المنصوص عليها في المادتين ٢٧٤ ، ٢٧٥ من قانون
التجارة البحري . ماهيته . تسليم الناقل للبضاعة
تسليما فعليا الى المرسل اليه او من ينوب عنه بعد
تمكينه من فحصها . استصدار اذن الافراج الجمركي
لا يفيد بذاته تمام استلام المرسل اليه للبضاعة .

(الطعن رقم ٨٨٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٣١)

السفن الاجنبية التي تباشر نشاطا تجاريا في
مصر . لكل منها وكيل ملاحى ينوب عن صاحبها في
مباشرة كل ما يتعلق بنشاط السفينة في مصر ويمثله
في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه فيما يتعلق بهذا
النشاط ويعتبر مقر هذا التوكيل موطناً لمالك السفينة
شركة القناة للتوكيلات الملاحية . قيامها بأعمال
الوكالة البحرية - أمين السفينة وأمين الحمولة -
بمقتضى قرار تأسيسها . عدم صدور تشريع يحدد
المركز القانوني لأمين السفينة - الوكيل الملاحى - أو
الاعمال التي يقوم بها . أثره . وجوب الرجوع في
شأن علاقته بالغير إلى القواعد العامة في النيابة على
مقتضى ما نصت عليه المادة ١٠٥ مدنى .

(الطعن رقم ٤٧٩ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

عكسها على عاتق المتصرف إليه . لقاضى الموضوع سلطة التحقق من توافرها .

هـ

هـ

(الطعن رقم ١١٥١ لسنة ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٤)

(نقض جلسة ١٩٨١/٢/١٧ من ٣٢ ص ٥٣٩)

موضوع الدعوى . تعلقه ببحث حقيقة العقد ووصفه القانونى باعتباره بيعها متجرا أو تصرفا مضافا الى ما بعد الموت . قرينة المادة ٩١٧ مدنى . عدم تعلقه بمسائل الأحوال الشخصية . علة ذلك . النزاع حول رجوع المورث عن الوصية . لازمة تطبيق قانون الوصية ٧١ لسنة ١٩٤٦ . أثره . وجوب تدخل النيابة العامة والا كان الحكم باطلا .

(الطعن رقم ٤٢ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٤)

(نقض جلسة ٥٩/١/١ من ١٠ ص ٢٥)

(نقض جلسة ٦٢/٢/٢١ من ١٣ ع ٢ ص ٨٣٧)

(نقض جلسة ٦٤/٥/١٤ من ١٥ ص ٦٧٣)

عدم توافر شروط قرينة المادة ٩١٧ مدنى . لا يحول دون استنباط قصد الايصاء واطافة التصرف الى ما بعد الموت من قرائن قضائية أخرى . الأخذ بظاهر نصصر عقد المورث بأنه فى حقيقته وصية . مناطه . عجز الوارث الذى يطعن عليه بالصورية النسبية عن اثبات مدعاه . مؤدى ذلك . عدم جواز الأخذ بظاهر تلك النصوص لنفى ما يقدمه الوارث من أدلة على صوريته . علة ذلك .

(الطعن رقم ١٨٩٨ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/١٦)

الوصية المعلقة على شرط . لا ترد عليها الاجازة إذا لم يتحقق الشرط . علة ذلك .

اثبات التصرفات القانونية بشهادة الشهود . م ٦٣ اثبات . مناطه . إجازة الهيئة الباطلة لعيب فى الشكل بتنفيذها تنفيذا اختياريا . مؤداه . انقلابها هبة صحيحة أثره . خضوعها للتواعد العامة فى الاثبات .

(الطعن رقم ١١٢٩ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/٢٦)

(نقض جلسة ١٩٧٥/٣/١٨ من ٢٦ ص ٦٢١)

عقد البيع الذى يتدخل فيه طرف ثالث يدفع الثمن تبرعا بقصد نقل الملكية مباشرة الى المشتري . هبة غير مباشرة . المال الموهوب . العقار المبيع وليس الثمن .

(الطعن رقم ٢٣٤٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

الرجوع فى الهبة . حالات . الهبة لذى رحم محرم ومنها هبة الوالدة لولدها . عدم جواز الرجوع فيها بغير التراضى مع الموهب له . المادتان ٥٠٠ ، ٥٠٢ / هـ مدنى . علة ذلك .

(الطعن رقم ٢٨٢ لسنة ٥٥ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)

(نقض جلسة ٧٤/١٠/٢٩ من ٢٥ ص ١١٦٥)

و

وصية

قرينة المادة ٩١٧ مدنى . مناطها . احتفاظ المتصرف بحيازة العين للتصرف فيها وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته . أثرها . نقل عبء اثبات

عدم لزوم تدخل النيابة العامة في الدعوى م. ١ ق ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ .

(الطعن رقم ١٢٣٤ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/٣٠)
(نقض جلسة ١٩٧٧/١/١٨ من ٢٨ ع ١ ص ٢٥٥)

وكالة

علاقة المحصوم بوكالاتهم . عدم جواز تصدي المحكمة لها طالما لم ينكر صاحب الشأن وكالة وكيله .

(الطعن رقم ١٧٠١ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١/١٣)
(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٦ من ٢١ ص ٤١٣ ، ٧٧/١١/١٥ من ٢٨ ص ١٦٧٨)
عبء اثبات الوكالة ومداها . يقع على من يدعيها .

(الطعن رقم ١٦٦٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/١٦)
(نقض جلسة ١٩٨٥/٥/٦٩ من ٢٠ ص ٧٨٤)

عدم النص في عقد أمانة السفن على الاعمال التي يقوم بها أمين السفينة " التوكيل الملاحي . مؤداه . وجوب الرجوع الى العرف لتحديد هذه الاعمال . حلة ذلك . خلو قرار وزير النقل البحري رقم ١٤٣ لسنة ١٩٧٦ بشأن غرض شركة القناة للتوكيلات الملاحية من تحديد المركز القانوني لأمين السفينة أو بيان طبيعة الأعمال التي تدخل في نطاق مسؤوليته .

استناد الحكم المطعون فيه على القرار لنفى الوكيل الملاحي البحرية دون الرجوع الى عقد أمانة السفينة أو العرف . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)
(الطعن رقم ١٩٤٠ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٦/٣/٣١)

الوكيل الملاحي للسفينة الأجنبية التي تباشر نشاطا تجاريا في مصر . ما هيته . اعتبار مقره موطنه لمالك السفينة .

(الطعن رقم ٢٠٥٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

تعلق الوصية بشرط . أثره . ثبوت ما أوصى به للموصى له متى كان الشرط صحيحا تتحقق به مصلحة للموصى أو الموصى له أو لغيرهما ولم يكن منهيها عنه ولا منافيا لمقاصد الشريعة . اعتبار الموت شرطا . مناه . اقترانه بملابسات تجمعه غير محقق الوقوع في نطاق هذه الملابسات . المادتان ٩١٥ مدني و ٤ من قانون الوصية . التزام الحكم المدلول الظاهر لعبارة الوصية أن الوصية علقتها على شرط وفاتها اثناء تأديتها فريضة الحج بعيدة عن أرض الوطن . صحيح يتحقق به مصلحة الوصية .

(الطعن رقم ٢٠٥٧ لسنة ٥٢ ق - جلسة ١٩٨٨/٢/٢٤)

الوصية ما هيته . تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت ينشأ بارادة منفردة . انعقادها بتحقيق وجود ما يدل عليها من تصرف أو التزام معين يترتب عليه تحمل التركة بحق من الحقوق - دون اشتراط شكل خاص المادة الاولى من قانون الوصية .

(الطعن رقم ١٢٢٦ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/١٧)
(نقض جلسة ١٩٧٩/٣/٢١ من ٢٠ ع ١ ص ٨٩٨)

وقف

وجوب تدخل النيابة العامة في مسائل الوقف . م ١ ق ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ . مناطه . تعلق النزاع بملكية جهة الوقف للعقار المبيع . غير موجب لتدخلها .

(الطعن رقم ٢٢٩٢ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)
(الطعن رقم ٩٣١ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٥/٣/٣١)

النزاع المتعلق بملكية جهة الوقف لأرض النزاع . عدم تعلقه بأقل الوقف أو بسائر مسائله . مؤداه .

(الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٣/٢٠)

(الطعن رقم ١٨١٤ لسنة ٥٠ ق - جلسة ١٩٨٦/١/١٣)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٢/٤ س ٣١ ص ٣٨٨) . قرب نقض
١٩٨٥/٢/٤ الطعن رقم ٨٧ لسنة ٤١

تحديد نطاق الوكالة . العبارة فيه بعبارة التوكيل
وظروف الدعوى وملابساتها .

(الطعن رقم ٢٧٤ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

(نقض جلسة ١٩٧٨/٦/٢١ س ٢٩ ص ١٥١٠)

(نقض جلسة ١٩٦٩/١١/٢٥ س ٢٠ ص ١٣٢٢)

لمحكمة النقض مراقبة محكمة الموضوع في
تكييفها للدعوى واعطائها وصفها الحق وتكييفها
القانون الصحيح . طلب المطعون ضده عدم نفاذ
التنازل الصادر من الوكيل تكييف ابطال التصرف
للفش مجاوزة الوكيل حدود وكالته . أثره . عدم
انصراف أثر للتصرف الى الموكل . للموكل إجازته أو
إبطاله .

(الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/٤/٢١)

تحديد سعة الوكالة اختلاف الصيغة التي يفرغ
فيها التوكيل . الوكالة الخاصة نطاقها . ورودها على
عمل معين . شمولها توابعة ولوازمة الضرورية .
خضوعها لتقدير محكمة الموضوع انتهاء الوكالة
حالاته . م ٧١٤ مدنى .

(الطعن رقم ١٢٠٢ لسنة ٥٣ ق - جلسة ١٩٨٨/٥/٢٩)

(نقض جلسة ١٩٨٠/٦/٢١ س ٢٩ ص ١٥١٠ ، ٨٧/٤/٢٩ الطعن رقم ١٢٥٧
لسنة ٥١ ق)

(نقض جلسة ٨٦/١٢/٢٥ الطعن رقم ٨٣٦ لسنة ٥١ ق .
٨٦/١٠/٢٢ الطعن رقم ١٧٨٠ لسنة ٥٢ ق)

السفن الاجنبية التي تباشر نشاطا تجاريا في
مصر . لكل منها وكيل ملاحى ينوب عن صاحبها في
مباشرة كل ما يتعلق بنشاط السفينة في مصر ويمثله
في الدعاوى التي ترفع منه أو عليه فيما يتعلق بهذا
النشاط ويعتبر مقر هذا التوكيل موطننا لمالك السفينة
شركة القناة للتوكيلات الملاحية . قيامها باعمال
الوكالة البحرية . أمين السفينة وأمين الحمولة .
بمقتضى قرار تأسيسها عدم صدور تشريع يحدد المركز
القانونى لأمين السفينة - الوكيل الملاحى - أو الاعمال
التي يقوم بها . أثره . وجوب الرجوع في شأن علاقته
بالغير الى القواعد العامة في النيابة على مقتضى
ما نصت عليه المادة ١٠٥ مدنى .

(الطعن رقم ١٨٩٧ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

التعرف على مدى سعة الوكالة . وجوب الرجوع
فيه الى عبارة التوكيل وما جرت به نصوصه
وملابسات صدره وظروف الدعوى . عدم جواز
الانحراف عن عبارة التوكيل الواضحة .

(الطعن رقم ٢١٨٠ لسنة ٥٤ ق - جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٨)

(نقض جلسة ١٩٧٠/١/٦ س ٢١ ص ٧)

المحاماة والقضاء

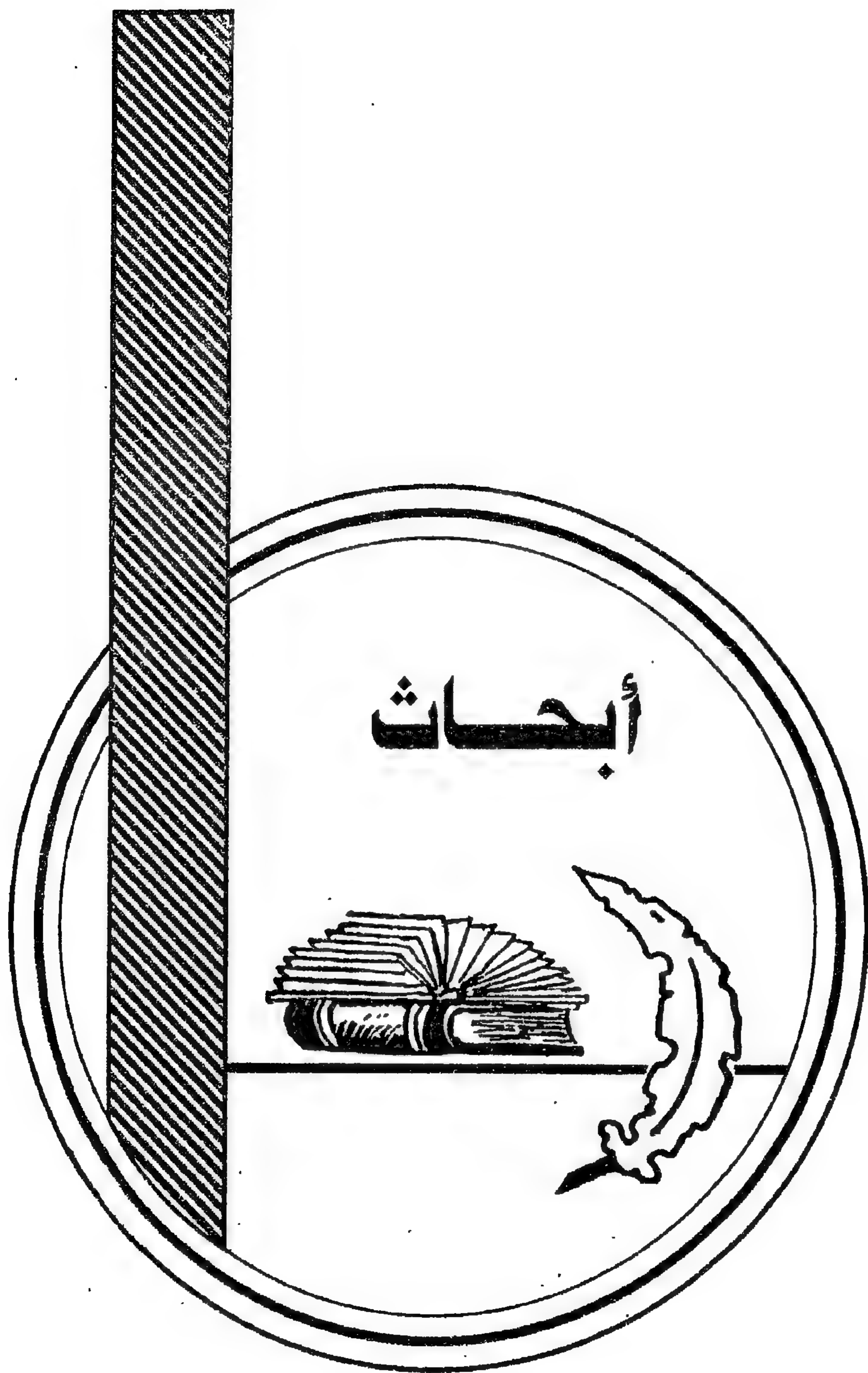
ينتقل المحامى من مقعد الدفاع إلى منصة القضاء دون أن
يرتفع . وينتقل القاضى من منصة القضاء إلى مقعد الدفاع دون أن
يهبط . لأنهما وجهان لعملة واحدة هي العدل .

حكيم

نقابة المحامين - أمانة الصندوق

تعلن للسادة الاساتذة الزملاء المتأخرين عن سداد
الاشتراك السنوى حتى الآن ان يبادروا إلى السداد فوراً قبل
آخر يونيو سنة ١٩٩٠ تلافياً للاستبعاد من الجدول تطبيقاً للمادة ١٧٠
من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ ...

أمين الصندوق
(أحمد عوده)
المحامي



البطالة

للسيد الأستاذ / حسن شبريه - نقيب المحامين - بالفيوم

* هي عدم وجود فرص عمل مشروعة لمن توافرت له القدرة على العمل وتسمى البطالة المجردة .

* أو عدم تحقيق الانتاج المتعين توافره وهو الغاية من العمل وتسمى البطالة المقنعة .

* كما تتحقق البطالة بانحراف العمل عن المشروعية فلا انتاج وتسمى البطالة الأثمة .

وتظهر البطالة فى ثلاث قطاعات :

(١) الخريجين . (٢) الخرفين (٣) من هم خارج القطاعين المذكورين وهم الاميون .

.. ولقد اوضح الرسول الكريم محمد - صلى الله عليه وسلم - المعيار الاساسى للانتاج تفاديا للبطالة حيث قال :-

(اثنان مغبون فيها خير من الناس - الصحة - والفراغ)

.. والصحة هنا : المقصود بها القدرة على العمل .

- والفراغ : المقصود به الوقت دون العمل .

.. والوقت هو رأس مال الانسان القادر والمطلوب استثماره فى العمل المشروع بما يحقق الانتاج ويحجوا آثار البطالة .

(علاج البطالة)

أولا : علاج وقائى :

(١) وتعالج من خلال (خطة الدولة) لكافة قطاعات العمل والمهن والخرف بالتوسع والتركيز على (العلم) . وتبدأ من المرحلة الاعدادية ثم الثانوية بالتوجيه السليم نحو توزيع الطلبة كل بحسب قدرته ومجموعه أو ميله الى القطاع التعليمى الذى يحقق له عند التخرج ضمان فرصة العمل ولان العالم كله يتجه حاليا الى اعتبار (العلم) قوة انتاجية مباشرة .

واذا كانت عناصر الانتاج قد اصبحت حاليا هي :-

* العلم * العمل * الارض *

رأس المال * التنظيم :

وقد اصبحت الان فى عصر (العلم للعلم) الذى تخصص فيه الدول الكبرى له اكبر نسبة من الدخل القومى . . فمثلا الولايات المتحدة الامريكية رصدت ما يقرب من ٨٠٪ من الدخل القومى للعلم وانتاج العمل . والاتحاد السوفيتى نسبة ٩٠٪ وسابرتها اليابان واوريا بما يستوجب علينا أن نركز اساسا على العلم لضمان الانتاج المباشر القوى لمواجهة تقدم الدول الاخرى .

(٢) كما يجب وضع خطة تنمية منظمة بمعرفة الدولة لقطاعات الانتاج المهنية والحرفية فى القطاع الخاص . تتأكد بها استيعاب اكبر نسبة من الخريجين فى كافة القطاعات .

(٣) وكذلك التوسع فى مجالات التعليم والتدريب المهنى والحرفى والحد من القبول فى الكليات النظرية وذلك للتوسع فى مجال الانتاج الصناعى والزراعى الذى

يتناسب وبيئتنا ، وظروفنا مع الاراضى الصحراوية الممتدة دون أستغلال .

ثانيا : أما بالنسبة لعلاج البطالة القائمة :

والذى يستهدف زيادة موارد الدولة وزيادة فرص العمل والانتاج فنرى انه يتحقق بالصورة الآتية :-

(١) استغلال الصحارى (راعيا خصوصا بعد ان اعلن التليفزيون علينا على لسان الدكتور رضا عزام فى الاسبوع الاول من فبراير عام ١٩٩٠ بأنه تم اكتشاف مادة كيميائية توضع على الرمال فتحولها الى ارض زراعية منتجة للفواكه دون انتظار مدة استصلاح الارض الصحراوية لمدة تتراوح من (١٠ : ١٥) سنة . . وقد تحدث الدكتور بأسم هيئة الطاقة الذرية بمصر . . وأضاف أن الاكتشاف تم بمساعدة (هيئة الفار) التابعة للامم المتحدة وأنه مستعد لتوفير كل الامكانيات فى هذا الشأن عن طريق الهيئة المذكورة . لضمان انتاج الصحراء باكثر طاقة واقل مدة زمنية .

(٢) التوسع فى مجالات الاستثمار (للقطاع الخاص) وتضييق استثمارات القطاع العام

. . لانه كما ثبت لدى الاقتصاديين المخلصين للدولة - أن الدولة تاجر سئ وصانع اسوأ . . والقطاع العام مثلاً خير شاهد على صحة ذلك .. يؤيدنا فى هذا ما ورد على لسان نواب لجنة الزراعة بمجلس الشعب من أن (شركة كيما) تحقق خسارة وصلت الى ١٥ مليون جنيه ، وذلك استنادا الى الخبر المنشور بجريدة اخبار اليوم فى ١٧ يناير ١٩٩٠ وخسارات المصانع الملوكة للدولة تؤكد ذلك فى كل يوم وأخصها مصانع الحديد والصلب والجميع يعرفها ولا تحتاج الى اكثر من ذلك .

. . وبالوجه الاخرها هى شركات ومصانع القطاع الخاص اثبتت نجاحها لتوافر الحافز الشخصى والعلم والخبرة ، مثل شركة مصر المنوفية للغزل والنسيج ، ومجموعة شركات الشريف الصناعية والتجارية وشركات ومصانع زهران للالمونيوم . . وغيرها وغيرها . . تحت بصرةنا وسمعنا .

(٣) وجوب الحد من المغالاة فى الضرائب بالتقدير الجزافى على القطاع الخاص افراد أو شركات :
واساس ذلك تغليب اهتمام

الدولة بالانتاج على المغالاة فى المطالبة بالضرائب .

حيث ارسى قواعد ذلك الله سبحانه وتعالى فى كتابة العزيز بقوله (هو أنشأكم من الارض واستعمركم فيها) " سورة هود الآية ٦١ " .

وهذه الآية شغلت فكر المسلمين القدامى حيث ثبت لهم ان مفهومها إنصب على عمارة الارض
والتي تعنى فى مفهومنا الحديث بالاسلوب العلمى - التنمية الاقتصادية لضمان تحقق الانتاج ، ولقد جرى هذا المعنى والمطالبة بتطبيقه فى توجيه عمر بن الخطاب الى واليه فى مصر حيث أمره بالآتى : (وليكن نظرك فى عمارة الارض أبلغ من نظرك فى أستجلاب الخراج لان ذلك لا يدرك الا بالعمارة ، ومن طلب الخراج من غير عمارة أخرج البلاد) وهذا التوجيه السامى لضمان توافر الانتاج لصالح المجتمع هو الذى أوجد الرخاء والتكامل الاجتماعى بأجلى صورة فى الماضى .

أما الان فقد تحقق الخراب نتيجة الإكماش الاقتصادى الذى افتعله الاقتصاديون دون اخلاص للمجتمع والدولة مع زيادة جباية

الضرائب على الاشخاص الطبيعيين شركات قطاع خاص وافراد بما ترتب عليه زيادة عدد قضايا الافلاس نتيجة زيادة الضرائب وعدم توافر فرص الاستثمار للقطاع الخاص .

والدليل على ذلك قائم من واقع زيادة عدد قضايا الافلاس بالدوائر التجارية بالمحاكم على مستوى الجمهورية بصورة رهيبه - والمحلات التي أغلقت أبوابها وتلك التي توقفت عن مزاولة نشاطها - والكساد الرهيب الذي نعيشه حاليا والذي اضطر الجميع الي التسيب سواء كانوا قطاع عام او خاص بيعا وشراء . وهو ما يؤدي بالقطع الي الانحراف بالعمل والي ضعف الانتاج . ومن الانتاج المشروع الي الانتاج غير المشروع بقصد الكسب السريع لمواجهة الحياة بمادياتها الرهيبة وهو ما يحقق البطالة الآتمة .

.. لذلك نجد عمر بن الخطاب وجه تعاليمه علاجا لذلك الي أحد ولاية الاقاليم يسأله (ماذا تفعل إذا جاءك سارق ؟) .. فأجاب : أقطع يده .. فرد عليه عمر بقوله :-

(واذن فان جاثني منهم جائع أو عاطس ففسوف أقطع يدك) (ان الله سبحانه وتعالى استخلفنا

على عباده لنسبد جوعتهم ونستر عورتهم ونوفر لهم حرفتهم - فاذا أعطيناهم - هذه النعم / تقاضيناهم شكرها - يا هذا إن الله خلق الأيدي لتعمل فإذا لم نجد في الطاعة عملا إلتمست في المعصية أعمالا - فأشغلها بالطاعة قبل أن تشغلك بالمعصية) .

النتيجة من ذلك :

إنه اذا لم نجد من المقالة في الضرائب سيتحقق الجوع والانحراف الى الجريمة وقد تأكد ذلك حالياً على لسان (فيلى برانت) رئيس الدولية الاشتراكية حيث ورد بجريدة الاهرام عدد ١٨/١/١٩٩٠ ما نصه : (ان محاربة الجوع والعمل لا يكون الا باقامة عدالة اجتماعية في العالم وسيكون من أهم الاولويات التي يجب مواجهتها في حقبة التسعينات) .

واضاف في كلمته امام المؤتمر الدولي للحوار بين الشمال والجنوب الذي افتتح في " بون " يوم ١٦/١/١٩٩٠ - إن التطور الاقتصادي والاجتماعي في دول العالم الثالث لن يتحقق الا بعد ايجاد حل لمشكلة الديون الخارجية

التي تعاني منها هذه الدول .

(٤) النظر في اعادة توزيع الاراضى الصحراوية والقابلة للاستصلاح التي حصلت عليها الجمعيات التي لم تحقق غايتها والغرض من انشائها - وذلك لتوزيعها على الخريجين والراغبين في الانتاج الزراعى ممن حرموا من فرصة العمل . . حيث ظهرت جمعيات لبعض اعضاء الهيئات الحكومية وجمعيات القطاع الخاص أتخذوها وسيلة للالتجار - بما رفع سعرها الحقيقي على صاحب الفرصة في استثمارها وتعطل بأسلوبهم الانتاج وحرم القادر على العمل من فرصة العمل بها .

.. وعلاج ذلك بنزع ملكية هذه الاراضى او إلغاء التخصيص لها ما دام قد مضى عليها ثلاث سنوات دون زراعتها أو استغلالها بمعرفة من خصصت لهم وذلك استنادا الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنوات) صدق الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم .

(٥) إستشارة "اصحاب الملايين"

الذين تزخريهم مصر فى استغلال أموالهم فى مشروعات

استثمارية صناعية زراعية من خلال القطاع الخاص بما يستوعب أعداداً كبيرة من الخريجين يتحقق بها الانتاج لصالح الفرد والمجتمع والدولة . . وذلك عن طريق :

(الاذاعة * التليفزيون * الصحف) . مع تضيق نطاق الاستثمار في مجال القطاع العام بالقدر الذي لا تتحقق به خصائص مع منح (مزايا أدبية) و (جوائز تقديرية) للمشروعات المتميزة في استيعاب اكبر الاعداد من العاملين وتحقيق الانتاج الاكثر جودة -

. . والتوسع في الاستثمارات الصناعية والزراعية : سيحد من مشكلة التضخم التي نتج عنها تدهور قيمة النقود والتي ترتبت عليها رفع قيمة التكاليف وزيادة الاسعار والتي ظهرت على ضوء هذه العناصر مشكلة البطالة

(٦) فرض ضرائب عالية على المشروعات الغير مجدية :

. . والتي تحقق باستثماراتها البطالة الجزئية مثل السينما ومحلات الخمور والملاهي الليلية وصلات الرقص اذ يجب أن تكون تكاليف الفساد في هذه اكثر من تكاليف المنافع حيث تخفى (البطالة الآتمة) التي تتوافر عن

سبيلها .

(٧) كدالة خريجي مراكز التدريب المهني :

. . بجعل مؤهل المركز بعد فترة التدريب أساس لممارسة المهنة لحماية العمل المهني في مجالاته التخصصية المختلفة .

. . واعداد جداول لقيد الخريجين في مجال كل مهنة لمعرفة العاملين منهم من غيرهم

. . وتكوين روابط اجتماعية ونقابات مهنية لامكان حماية تشغيلهم ورفع مستواهم .

. . مع تيسير منح تراخيص العمل المهني - لوفرة الانتاج - وتقادي الرشوة وتحقيق عائد للضرائب -

(٨) الغاء القيود الشكلية على سفر الموظفين للخارج :

كالغاء اشتراط تقديم عقد العمل - وتيسير الاجازات بدون مرتب للعمل بالخارج

(٩) منع الموظفين المعارين من العودة لوظيفتهم :

اذ باعاراته سيتوفر له دائد مالى يتمكن من توجيه استثماره عند عودته بما يحقق الانتاج ويوفر للكثير فرص عمل لدية كما انه

بانتهااء اعارته سيحل محل شخص محروم من فرصة العمل .

(١٠) خفض الفترة الزمنية التي يحصل الموظف بموجبها على معاش : بقضائها في الخدمة بتخفيضها الى خمسة عشر عاما بدلا من عشرين سنة كما يجرى في دولة العراق وذلك لتخلي اعداد كثيرة عن فرص وظائفها ليشغلها آخرون بدلهم لبس لهم عمل .

(١١) الزكاة : أن الزكاة فرصها الله سبحانه وتعالى على البشريه جمعاء بقوله تعالى : (خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها) صدق الله العظيم .

وهي مفروضة على من ملك نصابها وحال عليه الحول - وعندما التزم المسلمون بحق الفقراء عليهم في أموالهم عاش المجتمع الاسلامي خلال التاريخ في رضا . لدرجة أنه في عهد عمر بن عبد العزيز لم يجد من يستحق الزكاة - وعلى ذلك يكون الأمر مناطه " نظام جمع الزكاة وكفالة توزيعها " وهو واجب على الدولة يجب أن تسن له التشريع الذي يحصى غير الاغنياء من الفقر والبطالة لبناء مجتمع قائم الكفاية والعدل .

(١٢) ومن الظواهر الغير خافية على احد ظاهرة البطالة بين كثير من المحامين لسوء الحالة الاقتصادية التى تعم البلاد بما ادى الى ضعف دخل المحامى بما يستلزم بالضرورة المعالجة الواجبة بمنح فرص مزاولة المهنة للأشخاص الغير قادرين على توكيل محام عن طريق رعاية الدولة لهؤلاء وذلك بأسلوب ندب المحامين للمرافعة فى الجنح المعاقب عليها بالحبس وبعض القضايا المدنية التى فى حدود النصاب للمحاكم الجزئية وتحتاج فى أهميتها للمرافعة القانونية أسوة بنذب المحامين فى قضايا الجنايات وكذلك الزام كل جهة تعاونية زراعية أو استهلاكية أو انتاجية أو متعددة الأغراض وكذلك الجمعيات المشتركة والمركزية بان يكون لكل منها محاماً لقضاياها وكمستشار قانونى خصوصاً والملاحظ أن الجمعية الزراعية تعتبر طرفاً فى كافة القضايا الناشئة عن تطبيق احكام قانون الاصلاح الزراعى بين الملاك والمستأجرين وأن فى تخصيص محام لكل جمعية نوع من حماية العمل القانونى التى تزاوله الجمعية فى كافة صوره سواء فى القضايا أو الخلافات الداخلية أو سير العمل بها .

(١٣) التوسع فى المشروعات السياحية :

أن السياحة مجال استثمارى خصب على المستوى العام والمحلى خاصة . . خصوصاً بالفيوم مناطق هامة لم تفتح إليها يد السياحة حتى الان وأخصها : -

* الساحل الشمالى لبحيرة قارون

* منطقة وادى الريان .

* منطقة قصر قارون .

.. وقصور استثمار هذه المناطق جعل السائح الاجنبى والمحلى سياحته قصيرة بالمحافظة فى حين لو اتجهت المشاريع السياحية لهذه المناطق لامتد البرنامج السياحى سواء كان عالمياً أو محلياً لاكثر من يوم بما يتوافر به زيادة الانتاج سواء القومى أو المحلى .

(أ) . . وأقترح انشاء معهد سياحى متوسط بمحافظة الفيوم سنة أو سنتين لقبول الحاصلين على المؤهلات المتوسطة يدرسون فيه جميع المعالم السياحية بالمحافظة تاريخياً وجغرافياً وعلمياً وسياسياً واقتصادياً . . كما يدرسون اللغتين الفرنسية والانجليزية وذلك

لتكوين كوادر قادرة على اداء رسالة السياحة بالمحافظة فى كافة قطاعات الفنادق والمطاعم والكازينوهات والمشاريع الاستثمارية السياحية التى تقرر انشاؤها مع الدول الاجنبية ليكون الاكتفاء ذاتياً بما يضمن الاستقرار .

(ب) . . كما اقترح انشاء مركز تدريب على المنتجات الخاصة بالسياحة مثل منتجات خان الخليلى النحاسية والرخامية والحزفية لتيسير تداولها بأسعار مناسبة عن طريق موردين مهرة من القاهرة ومدرسين لهم تخصص علمى فى هذه المجالات .

(١٤) التنمية الروحية والاخلاقية للانسان :

وإذا كانت البطالة بكافة صورها وما تقدم من الاقتراحات هى لمحاولة معالجتها والتغلب عليها فإن القضاء عليها لن يتحقق بصورته المرجوة الا اذا كانت رسالتنا أساساً هى معالجة ذات الانسان ابتداءً - لأن الانسان هو صاحب الطاقة والقدرة على العمل والانتاج .

.. فهو وسيلة التنمية الاقتصادية وغايتها التى تمحى بها صورة البطالة ولكى نصل الى هذا

الهدف فان ذلك لا يتحقق الا بتنمية الناس في البداية روحيا واخلاقيا .

.. لهذا جاءت تعاليم الدين الاسلامي تحت على العمل والانتاج بل لقد رفع الاسلام العمل الى مستوى العبادة حيث قال رسول الله صلى الله عليه وسلم :

(من بات كالا من عمل يده بات مغفورا له . . كما قال الله تعالى :

(وقل اعملوا فسيرى الله عملكم ورسوله والمؤمنون وتردون الى عالم الغيب والشهادة فينبئكم بما كنتم تعملون) صدق الله العظيم ويجب ان يبدو في اذهاننا

واضحاً أثر الايمان والتقوى في إعادة قاعلية الانسان وفي رعاية واستمرار تلك القاعلية في مجال العمل والانتاج والسمو بالانتاج الى أعلى درجات كماله بعيداً عن البطالة بانواعها المتعددة . . لان الايمان والتقوى ليس معناها السلبية أو التواكلية - لا - بل هي الإنماء لسلوك الانسان ليكون إنساناً حضارياً يتجاوز بالصبر والعمل والمجاهدة ظروف الحياة القاسية - فالواقع المادي للانسان مرتبط كاملاً بحياته النفسية والروحية الايمانية مصداقاً لقوله تعالى :-

(ولو ان اهل القرى آمنوا

واتقوا لفتحنا عليهم بركات من السماء والارض) الاعراف ٨٦ فالامر يستلزم ألا نترك أنفسنا لواقعنا المادي البحت بل يجب أن يمتزج واقعنا المادي بواقع روحي طبقاً لما امر به الله ونهي عنه وعندئذ سيغير حالنا الى أحسن حال وتختفي البطالة ويتحقق الانتاج ويعسم الرخاء مصداقاً لقوله تعالى:

(لا يغير الله ما بقوم حتى يغيروا ما بأنفسهم) . صدق الله العظيم)

.. هذا ما رأيت أن أضعه تحت نظر حضراتكم في المشكلة التي يعانيها مجتمعنا اليوم منذ بداية الثمانينات ألا وهي مشكلة البطالة ومؤشرات علاجها .

.. وارجو من الله أن يلهمني واياكم التوفيق والسداد لحلول حاسمة لرفع مستوى الفرد والمجتمع في ظل حياة افضل روحياً ومادياً

والله الموفق

عظمة المحاماة

إن المحاماة تسمى إلى أعلى درجات الرفعة دون أن تفقد شيئاً من حرياتها الاتصالية . إنها تستطيع أن تجعل من الإنسان رجلاً نبيلاً دون نظر إلى مولد . وثرياً دون مال . ورفيعاً دون القاب . وسعيداً دون حاجة إلى ثروة .

ديان : نقيب المحامين

بفرنسا الأسبق

أركان الحسبة

السيد الأستاذ / بدرت نوال محمد بدير - المحامي بالنقض

المادة التي فيها اسم الحسبة تدل على الاحصاء والعدد ، يقال حسبت المال أحسبه حسبا وحسبه وحسبان ، وعن هذا استعمل اسم الحسبة بمعنى ما يعد من المآثر إذا كان العرب إذا تفاضروا حسب كل منهم مناقبه ومآثر قبيلته .

وكذلك قيل احتسب أجره عند الله بمعنى ادخره عنده ، ومعنى ذلك أنه اعتده فيا مدخر له ويجزي عليه . أو لان الله سبحانه وتعالى يحصي له ما تقدم من عمل صالح فيجزيه به ، والاسم من ذلك الحسبة .

فالحسبة عند الفقهاء أمر معروف إذا ظهر تركه ونهي عن منكر ظهر فعله ، إذا أن القيام بذلك يجب أن يكون بما يحتسبه فاعله عند الله سبحانه وتعالى لا لرياء ولا لسمعه ولا لظهار علو أو كبرياء . وعلي ذلك كانت الحسبة هي الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر .

شرحها : والحسبة بمعنى الأمر

بالمعروف والنهي عن المنكر فرضها الله على عباده في كتابه ، فأمر بها ونهى على القيام بها بأساليب مختلفة ، فكان اختلاف الأساليب وتعدد ما دليل ظهور فرضيتها وارتفاعها في المكانة الى مصاف القروض التي قام الاسلام عليها .

أمر بها صراحة في قوله تعالى : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر وأولئك هم المفلحون " آل عمران ١٠٤ . ومعناه كونوا أمة تدعو إلى الخير وتأمروا بالمعروف وتنهي عن المنكر إذ في ذلك فلاحكم . وعلي ذلك تكون " من " في " منكم " للبيان .

حكمها : حكمها الوجوب فهي فرض ، وقد اتفق العلماء على أنها من فروض الكفاية إذا قام بها بعض الأمة سقط الطلب عن باقيها . إذ أن الآيات لا تدل إلا على وجوبها على الأمة في مجموعها بوصف أنها أمة ، وذلك ما يتحقق بقيام

طائفة منها بذلك وإقرار باقيها عليه وهو ما يدل عليه قوله تعالى : " ولتكن منكم أمة " الآية إذا كانت من للتبعية . وهذا هو المعنى الذي يتسق ويتفق مع حال الأمم من وجود أفراد يستطيعون القيام بها وآخرين لا يستطيعونه لأسباب شتى . ووجوبها على الكفاية لا ينفي أنها إنما تجب على القادر عليها وأنه كلما كانت المقدرة عليها أعظم كان وجوبها أكبر وأوثق ، حتي أنها لتصير فرض عين على أناس بحكم مناصبهم ، كأولي الأمر من الخلفاء والأمراء والحكام ومن ينصب لذلك .

حكمة شرع الحسبة : إذا ترك كل شخص وهواه فأتي من الأفعال ما ينبغي وقصد الي ما يشتهي دون حدود لا يتعدها وقيود لا يتجاوزها فلم يؤخذ على أيدي الظالمين ولم يمنع اعتداء المعتدين ولم يقض على دجل الدجالين ولم يكن للخير داع ولا للمنكر رادع ، ولا للشّر زاجر ، عمت الفوضى

وساءت الحال واضطرب الأمر وشاعت الضلالة واستشري الفساد.

ولنع هذا شرعت الديانات وقامت النبوات وظهرت الرسائل أمرة بالمعروف ناهية عن المنكر ليكون الأمن والسلام والاستقرار والنظام وصلاح العباد والنجاة من العذاب قال تعالى: " فلما تسوا ما ذكروا به أنجينا الذين ينهون عن السوء وأخذنا الذين ظلموا بعذاب بئس بما كانوا يفسقون " .

ومن هذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر سبيل التبيين والمرسلين وطريق المرشدين الصادقين ومنهاج الهادين الصالحين وكان أمرا واجبا وشريعة ضرورية ومذهبا واجبا سواء في ذلك أسميت بهذا الاسم أو باسم آخر كالامر بالمعروف والنهي عن المنكر . وقد سارت بسببها هذه الأمة خير أمة أخرجت للناس . قال الله تعالى : " كنتم خير أمة أخرجت للناس تأمرون بالمعروف وتنهون عن المنكر وتؤمنون بالله " .

وقد روي أن أبا بكر رضي الله عنه خطب الناس فقال : " أيها الناس أنكم تقرءون قوله تعالى " يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا

اختلفتم " . فتتضعونه في غير موضعه ، واني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : " إن الناس إذا رأوا المنكر فلم يغيروه أوشك أن يمسئبهم الله بعقاب منه " . رواه أبو داود والترمذي .

وجاء في حديث آخر أن المعصية إذا أخفيت لم تضر إلا صاحبها وإذا ظهرت فلم تنكر ضرت العامة . وفي هذا المعنى ما روي عن النعمان بن بشير قال : " قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : مثل المداخن في حدود الله والواقع فيها كمثل قوم استهموا في سفينة فصار بعضهم في أسفلها وبعضهم في أعلاها ، فكان الذي في أسفلها يمر بالماء علي الذين في أعلاها فتأذوا به فأخذ فأسا فجعل ينقر أسفل السفينة فأتوه ، فقالوا ما لك ؟ قال تأذيتهم ولا بد لي من الماء . فان أخذوا علي يديه الماء أنجوه وأنجوا أنفسهم وان تركوه أهلكوه وأهلكوا أنفسهم .

طبيعتها ومكانها : لما كانت

الحسبة أمرا بمعروف ونهيا عن منكر اقتضت ان يكون لصاحبها ولاية . ذلك لأن كلا من الأمر والنهي لا يصدر إلا عن ولاية وإلا ما استوجب سمعا ولا طاعة .

والحسبة إنما شرعت طريقا للإرشاد والهداية وتوجيه الأمور الي ما فيه خيره وخير مجتمعه وتحويله ومنعه عما يضره أو يضر غيره وذلك بطاعته المرجوة . وحين يصدر الأمر أو النهي من غير ولاية لا يؤبه له ويكون لغوا من القول لا يؤدي الي الفرض من الحسبة ولا الي المنفعة من شرعها . والولاية التي يصدر عنها الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ولاية شرعية أضفاها الشارع علي كل من أوجبها عليه وطلب منه القيام بها ولذا كانت ثابتة لكل مكلف لا فرق بين حر وعبد وحاكم ومحكوم .

ويدل علي ثبوت هذه الولاية لمن طلبت منه الحسبة قوله صلى الله عليه وسلم " من رأي منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان " .

وقوله صلى الله عليه وسلم : " من أمر بمعروف ونهي عن منكر فهو خليفة الله في أرضه " .

غير أن ولاية الخليفة أو الحاكم تنتظمها بحكم أنها ولاية عامة ولذا كان الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر بالنسبة اليهما فرض عين ، كما أنه فرض عين كذلك بالنسبة

الي من يولي ذلك من قبل الخلفاء أو الأمراء بحكم منصبه ووجوب قيامه به ، وكانت الحسبة بناء علي ذلك تكليفا من جهة الشارع بطلب أدائه من القادر عليه دون العاجز إذ لا تكليف إلا بمقدور .

والولاية في الحسبة نوعان : ولاية أصلية مستحدثة من الشارع وهي الولاية التي اقتضاها التكليف بها لتثبت لكل من طلبت منه .

ولاية مستمدة وهي الولاية التي يستمدّها من عهد اليه من ذلك من الخليفة أو الأمير وهو المستسب وعلي ذلك يري أنه يجتمع بين الولايتين جميعا لأنه مكلف بها شخصيا من جهة الشارع ومكلف بها كذلك من قبل من له الأمر .

أما غيره من الناس فليس له من ذلك الا الولاية التي أضفاها الشارع عليه وهي الولاية الأصلية .

والولاية الأصلية كما تتضمن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر علي وجه الطلب مباشرة تتضمن كذلك القيام بما يؤدي الي إجتناّب المنكر لا علي وجه الطلب بل علي وجه الادعاء والاستعداد وذلك

يكون بالتقدم الي القاضي بالدعوي أو بالشهادة لديه أو باستعداد الي المحتسب أو الي المظالم .

وتسمي الدعوي لدي القاضي بطلب الحكم بإزالة المنكر " دعوي حسبة " ولا تكون الا فيما هو حق الله ، وعندئذ يكون مدعيها بالحق وشاهدا به في وقت واحد ليكون مدعي حسبه وشاهد حسبه . لأنه إن كان ممن عاين المنكر وشاهده كان شاهد حسبة وشهادته مقبولة بدون دعوي أخرى تتقدمها وكان قوله حينئذ شهادة لا دعوي . وإن لم يشاهده ولكن أخبر به لم تكن دعواه دعوي حقيقية تستوجب إحضار الخصم وسؤالا وتحقيقا عند الانتكار ويتوقف عليها قبول شهادة من جاء للشهادة به حسبة . ، ذلك لأن الشهادة به حسبة لا يتوقف قبولها علي دعوي ، وإذا يخرج الادعاء بها عن أن يكون ادعاء ملزما للغير ولم يكن الا مجرد إخبار للقاضي بما حدث من أمر منكر لا يترتب عليه إجراء منه وليس له بناء علي هذا الاخبار ان يقوم بتحسس أو تحرر لأن وظيفة القاضي تنحصر في الفصل فيما يرفع اليه من المنازعات التي تطرح عليه ولا تتعدي ذلك الي التحري

وبث العيون والمواضع التي اتفقوا علي قبول الشهادة فيها حسبة هي: الطلاق والنكاح وعتق الأمة والحدود عدا حد السرقة والقتل وحرمة المصاهرة وحرمة الرضاع والخلع ، فمن رأي رجلا يعيش مع امرأة بعد أن طلقها ثلاثا مثلا وجب عليه أن يرفع الأمر الي القاضي ويشهد عنده بذلك ليفرق القاضي بينهما .

ومن رأي رجلا يعيش مع ابنة أخيه ويعاشرها معاشرة الأزواج وجب عليه أن يرفع الأمر الي القاضي ويشهد عنده بما رأي ، وهكذا .

ومن الواضح أن المواضع التي نص الفقهاء علي قبول الشهادة فيها حسبة ما اذا احدث انسان في الطريق العام ما تضيق به سعته من انشاء حائوت أو اقامة بناء ، فإن حق المخاصمة في ازالة هذا بعد حدوثه أو عند الشروع فيه حق لله تعالي لعمومه فيقوم بالشهادة فيه أي إنسان أمام القضاء إذا اضر ذلك بالطريق وكذلك إذا لم يضر ولم تكن إقامته باذن ولي الأمر .

والحسبة ولاية شرعية ووظيفة دينية تلي في المرتبة وظيفة القضاء إذ أن ولايات رفع المظالم

علي العموم ثلاث ، أسماها وأفواها ولاية المظالم ، ويليها ولاية القضاء ويليها ولاية الحسبة ذلك لأن ولاية المظالم كما قال ، المرادي تقوم علي التناصف بالرهبة وزجر المتنازعين عن التجاسد بالهيبة ولذا يقوم بها من كان جليل القدر عظيم الهيبة ظاهر الحكمة قليل الطمع كثير الورع فان قيامه بعمله هذا يحتاج الي سطوة الحماة وثبت القضاء . فوجب أن يجتمع فيه صفاتهما ، ولذا كان من سلطانه تنفيذ ما لم ينفذ من أحكام القضاة لعجزهم عن تنفيذه وضعفهم عن انفاذه ، والنظر فيما عجز عنه المحتسب من ردع ذوي القوة والسلطان .

أما ولاية القضاء فسجالها الفصل بين الناس في المنازعات التي ترفع الي القضاة وذلك بناء علي ما يرفع اليهم من دعاوي وبيانات وما يسعون من مرافعات

وأما ولاية الحسبة فهي تقصر عن ولاية القضاء في إنشاء الأحكام إذ أن مجالها النظر في الأمر بمحروف ترك والنهي عن منكر يفعل دون حاجة الي دعوي ترفع وبيانات تفرض وأيمان تطلب ، وليست الحدود بين هذه الولايات وما تتناوله حدودا شرعية مرسومة

عني الفقهاء - بوضعها وضبطها علي وجه يمتنع معه التدخل والتنازع بينها ، فكان الفصل بينها بسبب ذلك دقيقا والتمييز بين اختصاص كل منها في بعض الأحوال عسيرا ، وكان المرجع في ذلك علي العموم ما تحويه مراسيم التولية في كل سنة من بيان وتفصيل ، إذ لولي الأمر - بما له من الولاية العامة - أن يجمع بينها فيجعلها لشخص واحد ، وأن يفرق حسبما يري فينصب لكل ولاية من يقوم بها ، وقد يضم الي والي الحسبة بعض ما يكون لوالي المظالم أو للقاضي وبالعكس ، ويختلف ذلك باختلاف البلاد والأزمان .

وعلي الجملة فان ولاية الحسبة تتفق مع ولاية القضاء في بعض المسائل وتقصر عنها في بعضها الآخر وتزيد عليها في مسائل أخرى .

ذلك أنها تتفق معها في جواز الاستعداد الي القائم بها والادعاء أمامه في ثلاثة أنواع من الدعاوي التي تتعلق بحقوق الأفراد وهي :

- ١- ما يتعلق منها ينحس أو تطبيق في كيل أو وزن
- ٢- ما يتعلق منها بفن أو

تدليس .

٣- ما يتعلق منها بمطل أو تأخير لأداء دين مع القدرة علي الرقاء . وذلك بالزام المدعي عليه بأشروع من الحق الذي عليه وتبرئه نفسه وزعمته منه بالوفاء وليس له ذلك في كل حق . وإنما يختص ذلك بالحقوق التي يجازله سماع الدعوي فيها اذا وجبت بالاتقرار مع القدرة ، أو بالحقوق التي وجبت بأحكام القضاء مع القدرة علي الوفاء .

ومرضوع الحسبة يتناول الالتزام بالحقوق والمعونة علي استيفائها وليس لواليها أن يتجاوز ذلك فيها الي الحكم الناجز الناصل عند قيام المنازعة ونقا - الحق فيها .

وهي تقصر عنها في عدم تناولها لأية دعوي خارجة عن نطاق المنكرات الظاهرة ، فلا يختص والي الحسبة بسماع شيء من الدعاوي في العقود والمعاسلات وغيرها من الحقوق الداخلة في هذا النطاق ، وليس له أن يتعرض للحكم فيها إلا أن يرد ذلك في مرسوم ولايته فيكون عندئذ بهذا جاصتا بين ولاية الحسبة وولاية القضاء في ذلك .

كما أنها تقصر عنها أيضا في عدم تناولها للدعاوي التي تدخل

في هذا النطاق إذا دخلها التجاحد والتناكر فأنكر الحق ، ذلك لأن الحكم فيها يتوقف علي سماع البينة أو توجيه اليمين ، والمحتسب لا يجوز له أن يسمع شهادة علي إثبات حق ولا أن يوجه يميناً علي نفسه . وإنما ذلك الي من عهد اليه في القضاء . والي ما تقدم يري أنها تزيد عليها في أنها تتناول بعض ما لا تتناوله ولاية القضاء إذ لوالي الحسبة أن ينظر فيما عليه الناس ، فإن تركوا معروفاً أمرهم به وإن رأهم علي منكر نهام عنه وإن لم يرتفع اليه في ذلك خصم ولم يستعده مستعد . وليس للقاضي في ذلك إلا أن يكون هناك حق فيطلبه صاحبه ويرفع اليه دعواه به ، وخروجه عن ذلك تجاوز لولايته .

ذلك ما بين الحسبة وولاية القضاء أما ما بينها وبين ولاية المظالم فهي تشبهها في أنها تقوم علي سلاطة السلطة وقوة الصرامة وجواز التعرض لأسباب المصالح العامة والتطلع الي إنكار العدوان الظاهر وتفترق عنها ولاية المظالم في أنها تتناول ما يعجز عنه القضاء بخلافها ، ذلك لأنها إنما شرعت ووضعت لما رقه عنه القضاء أفساحاً لوقتته وتيسيراً لأمره ولذا

كانت ولاية المظالم أرفع الولايات الثلاث كما أن والي الحسبة لا يجوز له الحكم في منازعة بين متخاصمين علي ما قدمنا ، بينما قد يجوز لذلك لوالي المظالم وذلك فيما يجل أمره ويعظم خطره لسبب من الأسباب كالتفاوت العظيم بين المتخاصمين في الجاه أو المكانة والسلطان والخطر العظيم لموضوع النزاع ونحو ذلك

(أركانها : يتناول النظر في أركانها النظر في أربعة أمور . من يقوم بها وهو المحتسب - عمله - موضوعها - من يكون معه الاحتساب .

أ- المحتسب : شاع إطلاق اسم المحتسب علي والي الحسبة الذي يعينه ولي الأمر للقيام بها وإن دل لغة علي كل من أتى عملاً حسبة .

ويطلق الفقهاء اسم المتطوع بالحسبة علي من يقوم بها دون تعيين ولي الأمر ، غير أن هذا لا يتسق مع وجوب ذلك عليه ديانه ، والأفضل أن يطلق علي المعين والي الحسبة وعلي غيره اسم المحتسب .

والاحتساب في شرعه من أهم ما يقوم به ولي الأمر خليفة أو سلطاناً أو أميراً أو حاكماً لقدرته

وعموم ولايته ودخوله في مهام ولايته وهو من أهم وسائلها الي الإصلاح والمحافظة علي الحقوق وصيانتها وإقامة شعائر الدين .

غير أن كثرة واجبات ولي الأمر وتعدد ما يطلب وتنوع ما يقدم به يدعوه دائماً الي الاستعانة بغيره من الأعوان والعمال والموظفين فكان أن عهد بالحسبة ومهامها الي غيره من الرجال الصالحين الأقوياء الامناء ليكفوه منونة القيام بها ، وهم ولاية الحسبة أو المحتسبون .

والفرق بينهم وبين غيرهم من المحتسبين من عدة نواح :

أولاً : أن قيامهم بالحسبة فرض عين عليهم بحكم ولايتهم وأنهم منصوبون للاستعداد فيما يجب إنكاره ، فكانت استجابتهم اليه واجبه ، بينما يري أن غيرهم لا يجب عليه إجابة من استدعاهم الا عند الضرورة .

ثانياً : أنه يجوز لهم أن يبحثوا ويتحرروا في سبيل الوصول الي المنكرات الظاهرة لتتبعها بالإنكار والمنع ، كما يجب عليهم ملاحظة ما يترك من معروف ليأمرؤا تاركه باقامته ، وليس ذلك بواجب علي غيرهم

ثالثاً : إن لهم أن يتخذوا في

سبيل ذلك أعوانا لعجزهم عن أن يقرموا بها منفردين وهم مع اتخاذ الأعوان أقوي وأقدر وأنجح .

رابعاً : أنه يجوز لهم للوصول الي تحقيق مهمتهم أن يعزروا مما يرون من لوم أو تعنيف أو حبس بشرط ألا يصل تعزيرهم علي الجريمة ما قدر لها شرعا من حد .

خامساً : يجوز أن يقدر لهم رزق من بيت المال ولهم أن يجتهدوا رأيهم فيما يتعلق بما يقضى به العرف وتوجيه التقاليد المألوفة في مثل المقاعد في الأسواق والطرقات وإخراج الاجنحة وما الي ذلك بما نقضي مراعاته الي عدم الاضرار بالمارة والسابلة وأرباب المصالح في ذلك .

شروط والي الحسبة او المحتسب : يشترط فيمن يلي الحسبة أن يكون مكلفا مسلما عالما بالمنكرات الظاهرة ذا رأي وصرامة في الدين ، فلا يجوز أن تسند لغير مكلف إذ لا يلزمه أمر ولا يتوجه اليه طلب ، ولكن يجوز للصبي المميز أن ينكر ما عرف من المنكر لأن هذا ضرب من العبادة وهو من أهلها .

وكذلك لا يجوز أن تسند لغير مسلم لأنها ضرب من الولاية ولا

ولاية الكافر على مسلم وألا تسند إلي جاهل بالمنكرات حتى لا يأمر بمنكر ولا ينهى عن معروف .

وألا تسند إلي من عرف بعدم الاستمسك بأمور الدين وباللبن في القول مع العصاة وأرباب الشرور حتى يكون قادراً على تحقيق ما يرجى من حسبته .

وقد اختلف في اشتراط عدالته فاشترطها فريق من الفقهاء فيمن يقوم بالاحتساب ولم يجعل للفاسق أن يأمر بمعروف أو ينهى عن منكر مستدلين بما في قوله تعالى : « أتأمرون الناس بالبر وتنسون أنفسكم وأنتم تتلون الكتاب أفلا تعقلون » .

ولم يشترطها جمهور الفقهاء . والمحققون منهم وهو القول الحق ، إذ أن اشتراط العدالة في المحتسب على وجه العموم بعد حظراً فيما هو واجب وتضييقاً فيما هو موسع وقد يكون الفاجر الفاسق مطاع مسموع الكلمة بما له من قوة وبطش ومهابة فيكون لاحتسابه الثمرة المرجوة والمصلحة المطلوبة . بينما يرى أن من الأتقياء الصالحاء من لا يقابل احتسابه إلا بالسخرية والاعراض فلا يكون من وراء ذلك إلا الإثم يقترفه المأمور أو المنهى

بأعراضه عما يأمر به الدين ، وليس مثل من يمنع الفاسق من أن يأمر بمعروف وينهى عن المنكر إلا مثل من يطلب إلي مقترف معصية أن يقترف معصيته أخرى ، ومن يمنع العاصي من أن يأتي طاعة قد تكفر معصية .

غير إنه إذا لوحظ أن قيام المحتسب بالحسبة قد يكون بالوعظ والأرشاد والنصيحة ومثل ذلك لا يقبل عادة عن يترك ما يأمر به أو يفعل ما ينهى عنه ، بل إنه ليقابل حينئذ بالاعراض والتوبيخ فلا يكون لاحتسابه فائدة فإنه في هذه الحالة يقسط عنه الاحتساب بالعظة والأرشاد لانتفاء الفائدة وعدم توقعها .

وعليه لا يطلب الاحتساب بالموعظة والأرشاد إلا ممن يفعل ما يأمر به ويترك ما ينهى عنه . أما إذا كان الاحتساب بغير ذلك من الأخذ بالقوة والزجر فليس يشترط له إلا القدرة إذ أن الله سبحانه وتعالى قد يزع بالسلطان ما لا يزع بالقرآن .

ذلك ما يتعلق بشروط من يحتسب .

أما ما ينبغي أن يكون متحلياً به وذلك ما يعبر عنه بأدابه فقد

ذكروا أنه إذا اجتمعت فيه خصال ثلاث فقد تم له جماع آدابه وهي : العلم والورع وحسن الخلق فأما العلم فلكي يكون على علم بمواضع الحسبة ومواقعها وحدودها ومجاريها وطرائفها ووسائل الاستماع لها ووصولها إلى القلوب حتى يكون في أمره ونهيه على الصراط المستقيم وهو أقرب السبل إلى حصول المقصود .

وأما الورع فليكون بعيداً عما يبغضه الناس ويزهدهم في نصحه ويدعوهم إلى تقرّبه ورد إرشاده إليه وإلى الظنة به ، حتى يكون كلامه مقبولا ووعظه مرغوبا .

وأما حسن الخلق فليكون رفيقا في عتبه لبنا في لومه جميلا في قوله طلق الوجه سهل الخلق فإن ذلك أبلغ في استمالة القلوب والوصول إلى النجاح المرغوب وقد قال الله تعالى لرسوله : " فيما رحمة من الله لنت لهم ولو كنت فظا غليظ القلب لا نفضوا من حولك " . وقال موسى وهرون " فقلوا له قولا لبنا لعله يتذكر أو يخشى " وقال صلى الله عليه وسلم : " إن الله رفيق يحب كل رفيق ، ويعطي على الرفق ما لا يعطي على التعنيف " رواه ابن ماجه وقال : إذا أمرت بمعروف

فليكن أمرك بالمعروف " أي بالرفق رواه البيهقي عن عبد الله بن عمرو . وليكون كذلك حليما صبوراً على الأذى إذ أن أذاه متوقع فإذا لم يحلم ولم يصبر كان ما يفسد أكثر مما يصلح . ولذا أمر بذلك لقمان ابنه في قوله تعالى : " وأمر بالمعروف وأنه عن المنكر وأصبر على ما أصابك إن ذلك من عزم الأمور " .

موضوعها : عمل المحتسب أو والي الحسبة على العموم هو النظر فيما يتعلق بالحقوق الظاهرة وإلزام الناس بها والمعونة على استيفائها وما يتعلق بالنظام العام والآداب المرعية مما لا ينبغي لأحد المخالفة عليه أو الخروج عنه . وذلك يتحقق على الجملة في المعروف يؤمر بفعله إذا ترك وفي المنكر ينهى عنه إذا فعل .

وينبنى على ذلك أن موضوع الحسبة هو كل منكر قائم ظاهر للمحتسب بغير تجسس ولا تحسس معلوم له من غير خلاف فيه . وإذن فشروط ما يحتسب فيه أربعة :

الأول : أن يكون منكراً . وقد يكون هذا المنكر عملاً سلبياً كترك المعروف وقد يكون إيجابياً كاتيان

المنكر وفعله .

وسند ذلك قوله تعالى : " ولتكن منكم أمة يدعون إلى الخير ويأمرون بالمعروف وينهون عن المنكر " والمعروف ما طلبه الشارع على سبيل الحتم كالواجب أو على سبيل الاستحسان كالمنسذوب . وكذلك يتناول ما استحسنته المسلمون مما لم يأت به دليل خاص ولا يتعارض مع المبادئ الإسلامية وأغراضه وحكمه في تشريعه من العادات والتقاليد المستحسنه . وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : " ما رآه المؤمنون حسناً فهو عند الله حسن " فكل ذلك يتناوله إسم المعروف . وعليه المسلم أن يأمر به إذا ترك لأن تركه منكر يجب أو يندب الأقلع عنه ، وذلك على حسب ما في طلبه من قوة .

والمنكر ما حرمه الشارع أو كرهه أو رآه المؤمنون أمراً تنفر منه نفوسهم وتضيق به مشاعرهم وإن لم ينه عنه الدين بدليل خاص به . وذلك مثل أن يتزيا رجل بزى النساء أو أن يمشى عارى الصدر والظهر في الطرقات والأسواق .

الثاني : أن يكون المنكر قائماً أي موجوداً لم ينصرم ولم ينته .

فإذا وقع وإنتهى لم يكن للمحتسب عند ذلك ولاية إلا العظة بعدم العودة وهى لعموم الناس ، إذ أنها ضرب من الهداية والنصح والارشاد - وهذا مع ملاحظة أن مقترب هذا المنكر إذا واجب عليه بسبب ذلك حد أو تعزير فليس إقامة ذلك إلى المحتسب بل إلى غيره من الولاة كالحاكم أو القاضى ولا يلى ذلك المحتسب بوصف أنه محتسب وقد يليه بصفة أخرى إذ جعل ذلك إليه

الثالث : أن يكون المنكر ظاهراً للمحتسب بادياً له بدون تجسس .

فقد نهى الله عن التجسس فقال : " ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضاً " وقد روى عن عبد الرحمن بن عوف قال : " خرجت مع عمر ليلة بالمدينة . فبينما نحن نمشى إذ ظهر لنا سراج فانطلقنا نؤمّه . فلما دنونا منه إذا باب مغلق على قوم لهم أصوات ولغط ، فأخذ عمر بيدي وقال أتدرى بيت من هذا ؟ قلت لا قال هذا بيت ربيعة بن أمية بن خلف وهم الآن شرب فما ترى ؟ قلت أرى أننا قد أتينا ما نهانا الله عنه إذ قال : ولا تجسسوا " فرجع عمر وتركهم .

وعلى ذلك فليس للمحتسب أن يتعرض لمن أغلق باب داره واستتر بحوائطها إلا أن يظهر من الدار من الأمارات والآثار ما يدل ظاهراً على حدوث المنكر بها كأصوات استغاثة أو أصوات منكبة للسكران بالكلمات المألوفة بينهم بحيث يسمعا المارة فإن ذلك يعد ظهوراً للمنكر يستوجب تدخل المحتسب لإزالته ومنعه .

هذا وظهور المنكر يختلف باختلاف حالة فقد يظهر بحاسة الشم وتارة بحاسة السمع وأخرى بحاسة البصر وآونة بحاسة اللمس . وكل ذلك يفيد العلم الذى يوجب تدخل والى الحسبة لمنع المنكر وإزالته .

الرابع : أن يكون أمراً منكراً بغير خلاف يعتد به .

وعلى ذلك فليس للحنفى أن ينكر على الشافعى ولا للشافعى أن ينكر على الحنفى فيما يختلف فيه الحنفية والشافعية كحل متروك التسمية وتوارث ذوى الأرحام والنكاح بالاولى ، وذلك لأن آراء المذاهب على اختلافها مستمدة من أصول الدين ودلائله ، وأساس الخلاف فيها هو الرأى وليس الرأى بحجة على رأى آخر .

ومناط الأحكام هو غلبة الظن وذلك أساس التكليف والظن يختلف باختلاف المجتهدين والناظرين .

د - مع من تكون ؟ المحتسب عليه :

أما يكون الاحتساب فى منكر لا اختلاف فيه على ما بيناه ، والمنكر ما حرمه الشارع أو ما كرهه وما استقبحه المسلمون فكرهوه ونفرت منه طباعهم وإن لم يأت بتحريمه نص خاص وعلى ذلك فليس يشترط فيه أن يكون معصية لأن المعاصى ما جاء دليل بحرمتها أو كراهتها - وأما يكون المنكر منكراً إذا عد منكراً ممن يفعله وإن لم يكن عصياناً وهذا ما يحتسب فيه وصاحبه هو من يحتسب معه .

وأقل ما يشترط فيه أن يكون إنساناً فلا يشترط فيه العقل إذ المجنون يحتسب معه إذا زنى لأن زناه يعد من المنكرات ولا يحتسب معه إذا شرب الخمر أو ترك الصلاة لأن شرب المجنون الخمر وتركه الصلاة لا يعد منكراً بالنسبة إليه وكذا لا يشترط فيه البلوغ فالصبي إذا شرب الخمر وجب أن يحتسب معه فى حين أن شرب

الخمر لا يعد منه معصية لأنه غير مكلف ، وعلى ذلك يرى أنه لا احتساب إلا مع إنسان ، وذلك إذا أتى ما يعد منكراً يجب أن يجنبه وإن لم يكن عصياناً وإنما وجب الاحتساب في زنى المجنون مراعاة لحق الله وحرماته فقد يكون من زناه ولادة ونسل وعند ذلك يلحق النسل عظيم الضرر كما يلحق المزنئ بها مثل ذلك .

أما شربه الخمر فلن يترتب عليه أى ضرر لأحد لأن ضررها في إزالة عقله ولا عقل له وفي شربها اتلافها .

هـ - الاحتساب وما يتم به :
بيننا فيما تقدم أن الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر وهو الاحتساب أو القيام بالحسبة من أعظم الواجبات وأهم المحسبات ، ذكره الله في كتابه مرات كثيرة وامتدحه فيه بأساليب مختلفة عديدة وكان حظه مع ذلك من السنته أوفر وذكره فيها أكثر وذلك لعظم ما يترتب عليه من مصالح وما يدرأ به من مفساد وذلك أساس كل ما أمر به الدين وحكمه كل ما نهى عنه .

والمعتبر في ذلك هو رجحان أحد النوعين على الآخر - إذ

لا يخلو كل أمر أو نهى من مصلحة يحققها - ومفسدة تترتب عليه - فإذا رجحت المصلحة أمر به وإذا رجحت المفسدة نهى عنه .

وكان كل من الأمر والنهي في هذه الحال مشروعاً وطاعة مطلوبة، وكان تركهما أو وضع أحدهما موضع الآخر عصياناً وأمرًا محرماً مطلوباً تركه لأن مغبة ذلك الفساد والله لا يحب الفساد .

لهذا كان كل ما أمر به الله صلاحاً على هذا المعنى وكان ما نهى عنه فساداً على هذا الوضع .

وعلى هذا الأساس بعثت الرسل ونزلت الكتب وشرعت الشرائع السماوية . ولذا قيل حيث كانت المصلحة فثم شرع الله . وعلى ذلك فإنما يؤمر بالمعروف وينهى عن المنكر حيث تكون المصلحة من ذلك راجحة موفورة فأما إذا كانت المفسدة التي تترتب عليه أرجح من المصلحة لم يكن القيام به حينئذ مشروعاً وليس بما أمر الله به في هذا الموضع . وإن كان عندك ترك واجب أو إقرار منكر ، وإلى هذا يشير قوله صلى الله عليه وسلم " من رأى منكم منكراً فليغيره بيده ، فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه

وذلك أضعف الإيمان " إذ أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يكون الإنكار على فاعل المنكر بالقلب حيث لا استطاع ذلك باليد ولا باللسان . وليس الإنكار بالقلب إلا كراهية نفسية وسكوتاً ظاهرياً وابتعاداً عن مقاربتة وعدم الاستطاعة باليد وباللسان تكون حيث يعلم أن من وراء ذلك مفسدة راجحة أو ضرراً غير محتمل أو شراً أعظم من المنكر المرتكب .

ويشير إليه قوله تعالى :
" يا أيها الذين آمنوا عليكم أنفسكم لا يضركم من ضل إذا اهتديتم " ولن يتحقق الأهتمام حينئذ إلا بطاعة ما أمر به الله ورسوله فيمن ترك معروفاً أو ارتكب منكراً من أمر أو نهى أو إنكار بالقلب .

طريقها : علمت أن الاحتساب إذا ما أسند إلى شخص كان ولاية عامة من الولايات الشرعية كولاية القضاء - وإذا كان للقضاء طرق توصل إليه وهي الدعوى ووسائل إثباتها . فإن للاحتساب طريقاً يقوم عليه وهو الاستعداد أو المشاهدة والعلم فإن كان الاحتساب في حق من الحقوق الخاصة التي لا حق لمجموع الأمة فيها فإنه يتوقف على الاستعداد من صاحب الحق وليس للمحتسب أن يتدخل

بالمنع والتغيير إلا بناء على طلب صاحب الحق واستعدائه . وذلك كما إذا اعتدى إنسان على دار آخر فسكنها غصباً أو أغتصب منه مناعاً أو نحو ذلك ففي مثل هذه الحال لا يتدخل المحتسب بإخراج المغتصب من الدار أو يرد المغصوب إلى صاحبه إلا بناء على طلب صاحب الدار أو صاحب المتاع . ذلك لجواز نزول صاحب الحق عن حقه أو ميله إلى تركه مدة من الزمن باعارة أو إباحة أو هبة أو نحو ذلك ، فلا يظهر مع سكوت صاحب الحق اعتداء .

والمحتسب إنما يتدخل عند ظهور المنكر . الاستعداد في هذه الحال يشبه الدعوى أمام القاضي من ناحية إيصال الأمر إلى علم من إليه الصفة ، غير أنه لا يتطلب من المحتسب إلا التثبت من صحة الخبر بطريق المشاهدة أو بناء على إقرار المعتدى ، أما عند الخفاء أو الإنكار والجحود ممن نسب إليه الاعتداء فلا يتدخل المحتسب لأنه لا يسمع بينه ولا يوجه يميناً ولا يتجسس إذ أن ذلك ليس له .

أما إذا كان الاحتساب في حق من حقوق الله تعالى وذلك بأن يكون في منكر من المنكرات التي تمس المجتمع ونظامه أو في حد الزنا

أو حد الشرب أو في حق عام كاعتداء على مرفق عام أو طريق عام أو في حق يغلب فيه حق الله فإن الاحتساب حينئذ يقوم على المشاهدة والعلم الشخصي المستند إلى قيام المنكر ووجوده ، سواء أكان ذلك بواسطة المحتسب نفسه أو بواسطة أعوانه لأنهم في الواقع ويحكم تعيينهم من ولاية الحسبة في الجملة .

ويجوز أن يقوم الاحتساب في هذه الحال على الأمارات الظاهرة الراهنة إذا كان ظهورها يعد من المنكرات القائمة ، فإذا سمع المحتسب أصوات استغاثة أو أصواتا منبعثة من قيام جريمة من الجرائم وجب عليه أن يتدخل في هذه الحال وإن لم ير الجريمة نفسها لأن العلم قد يكون بالسمع كما يكون بالنظر .

وليس للمحتسب على العموم أن يتعرف على المنكر ويتجسس للوصول إلى العلم به فلا يجوز له أن يسترق السمع ولا أن يستنشق الروائح ليتعرف على رائحة الخمر ولا أن يمس المستور ليعرف ما وراء الستر لأن الله سبحانه وتعالى قد نهى عن التجسس وتلك هي سنة الخلفاء الراشدين .

كيف كانت في الزمن الماضي : علمنا بما تقدم أن الاحتساب ليس إلا ضرباً من الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر فمن قام بها فقد قام بالاحتساب قطعاً وإذا تركت الحسبة فأهملت في قوم كان ذلك إهمالاً وتركاً للأمر بالمعروف والنهي عن المنكر ، ولهذا كان الاحتساب من أول ما يقوم به الأنبياء والمرسلون والدعاة والمرشدون قام به النبي صلى الله عليه وسلم طيلة حياته مليئة بنهيه عن المنكرات وبأمره بالمعروف ، وقد كان أكثر نهيه عن أمور قائمه أو أمور محظورة معتادة ، وقل أن يكون عن م فكر لم يقع وكذلك كان الوضع فيما أمر به من معروف إذ كان يأمر بما لم يفعل من المعروف . وكان ذلك هديه صلى الله عليه وسلم في تشريعه لا يستبق الحوادث ولا يفترض الوقائع بل يشرع للواقع وعلى الواقع .

رأى الناس يعبدون الأوثان ويشركونها مع الله سبحانه وتعالى فنهى عن عبادة الأوثان وأمر بعبادة الله وحده .

رأى الناس يأكلون الربا فنهاهم عنه وحرمه عليهم ، ورأهم يتبايعون في المعدوم وفيما هو

غرر فتهاهم عن بيع المعدوم .

وفى صحيح مسلم عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على صبره طعام فأدخل يده فيها فنالت أصابعه بللاً فقال ما هذا يا صاحب الطعام . فقال أصابته السماء . فقال : رسول الله أفلا جعلته فوق الطعام كى يراه الناس " من غشنا فليس منا " .

وقد استعمل رسول الله صلى الله عليه وسلم سعيد بن العاص بن أمية على سوق مكة بعد الفتح فكان إليه الحسبة فيه .

وعلى الجملة فقيام رسول الله صلى الله عليه وسلم بالاحتساب من أخص صفاته وما لأجله بعث ، وقد قام بعده خلفاؤه فى ذلك على هديه فأمروا بالمعروف ونهوا عن المنكر . وكان ذلك ظاهراً فى حياة عمر رضى الله عنه إذ كان يجوب الطرقات والأسواق بدرته يعزر بها

المنكر .

كل من يراه مرتكباً منكراً ومن يراه تاركاً معروفاً والمروى فى ذلك معروف تغنى كثرته وشهرته عن ذكره . حتى أنه لكثرة ما عنى بذلك ليعد أول محتسب وكذلك كان الأمر فيما بعد عمر . غير أنه لم يكن لولاية الحسبة فى هذا الزمن زمن الخلفاء الراشدين من عين لها من الولاة خاصة بل ترك أمرها إلى من لهم ولاية الحكم على العموم وإلى آحاد المسلمين بحكم أنها فريضة عليهم .

إلى من لهم ولاية الحكم على العموم وإلى آحاد المسلمين بحكم أنها فريضة عليهم .

ولم يزل الأمر كذلك إلى أن عين للقيام بهذه المهمة من يليها وسميت بهذا الاسم وقد حدث ذلك فى عهد الدولة العباسية وفيما بعدها من الزمن فكان فى كل من القاهرة ودمشق وحلب وغيرها ولاية

هل فى نظامنا الحاضر ما يقوم مقامها : أما الآن فإن وظيفة الحسبة لا يقوم بها والخاص بها ، بل نرى أن من أعمالها ما تقوم به فى مصر رجال الشرطة كملاحظة الأسواق والطرقات ، ومنها ما تقوم به النيابة الإدارية كمخالفات الموظفين وأعمالهم فى واجبهم ، ومنها ما تقدم به النيابة العامة كالاعتداء على الأنفس والأموال ومنها ما تقوم به وزارة الصحة كمخالفات الصيادلة والأطباء والمطاعم والجزارين ، ومنها ما تقوم به وزارة التموين كمراقبة الخبازين والأسعار ومنع الاحتكار ، ومنها ما تقوم به مصلحة الدمغة كمراقبة الموازين والمكاييل والصاغة . وعلى الجملة فإن ولاية الحسبة وظيفة إجتماعية لا يستغنى عنها مجتمع يرجو لنفسه الكمال والصلاح .

إن العدل من صفات الله العزيز المتعال . لو تمثل لكان خلقاً جميلاً الطلعة . طلق المحيا . حلو الحديث . مؤلفاً للقلوب . محققاً لرضاء الناس كافة . فى بسمته الطمأنينة والسلام . وفى راحته البركة والإرخاء والنعيم المقيم .

شيخ قضاة مصر
عبد العزيز فهمى

دور أجهزة الدولة في حماية المجنى عليه

للسيد الدكتور / زكى محمد النجار - أكاديمية الشرطة

مقدمة :

لقد تواترت كل الكتابات على أن اشخاص الجريمة شخصان هما : الجانى : وهو الشخص الايجابى فى الجريمة الذى يخرج بفعله الجرمى (نشاطه الاجرامى) الجريمة الى الحيز المادى الملوس .

المجنى عليه : وهو الشخص السلبى ، لان دوره يقتصر على وقوع الفعل الجرمى عليه . وقد ترتب على ذلك ان اهتم الفقه بدراسة الجوانب المتعلقة بالجانى دون المجنى عليه . ولكن اثبتت الدراسات القانونية والنفسية والاجتماعية - ان دور المجنى عليه ليس دائما دورا سلبيا انما قد يكون دوره ايجابيا فى اخراج الجريمة بل اكثر ايجابية من دور الجانى - أحيانا وذلك حين يصطنع مختلف المحفزات للجانى على ارتكاب الجريمة أو حين يرضى بوقوع الجريمة عليه واكثر من ذلك حين يطلب ويمن فى طلبه بوقوعها (كمن يريد الموت بسبب الامه النفسية أو

البدنية . . مثلا) .

ولما كانت اختصاصات الشرطة العصرية لا تقف عند حد المهام الادارية والقضائية (أعمال الضبط الادارى والضبط القضائى) فحسب بل تلعب الشرطة دورا اجتماعيا ودورا انسانيا ايضا فى المجتمع لذلك يثور التساؤل هنا حول مدى تأثير رضا المجنى عليه بوقوع الجريمة عليه على ممارسة الشرطة لاختصاصاتها المتنوعة والمتعددة .

على أنه مما تجدر الاشارة اليه اننا لا نهدف من هذه الدراسة تحديد القيمة القانونية لرضا المجنى عليه على المسئولية الجزائية .

بل نستهدف هنا تحديدا للمجنى عليه محل الحماية القانونية فى المجتمع . ومدى ما تقدمه له أجهزة الدولة من أوجه الرعاية :

واذا كان الخوض فى هاتين المسألتين اعقد واوسع بكثير من أن يتضمنها مقال قصير ، فانه مع

ذلك يظل من المفيد القاء الضوء على مجمل الخطوط العامة أو العناوين الرئيسية للموضوع وهى :

١ - تحديد المجنى عليه محل الحماية القانونية فى المجتمع .

٢ - أوجه الرعاية التى تقدمها أجهزة الدولة للمجنى عليه .

وذلك على النحو التالى :

أولا : تحديد المجنى عليه محل الحماية القانونية فى المجتمع :

تثير مسألة تحديد المجنى عليه خلافا كبيرا فى الفقه وبعد حسم هذه النقطة مسألة جوهرية فى نطاق البحث عن حدود الحماية القانونية التى يجب توفيرها للمجنى عليه .

فاذا كانت الكتابات تواترت على ان المجنى عليه هو الشخص السلبى لان دوره يقتصر على وقوع الفعل الاجرامى عليه ، فان الدراسات القانونية والنفسية والاجتماعية قد اثبتت ان دور المجنى عليه ليس دائما دورا سلبيا

أذ قد يكون المجنى عليه هو الجاني نفسه وذلك حينما يرتكب المجنى عليه الجريمة تجاه نفسه كمن يشرع في الانتحار مثلا كما قد يكون مرتكب الجريمة غير المجنى عليه ولكنها تتم برضائه مثال ذلك من يطلب من آخر أن يقتله أو يعطل عضوا من أعضاء جسمه .

ولكن يثور تساؤل هام هنا وهو اليس المجتمع هو المجنى عليه الاول ومن ثم فهو الجدير بالحماية . ولما كانت الجريمة تتعلق بحق المجتمع صاحب المصلحة الاعلى شأنًا والاولى بالرعاية من المصلحة الخاصة المتمثلة بالقيمة الذاتية أو الشخصية فانه بما لاشك فيه ان الاعتداد برضاء المجنى عليه . واعطاء قيمة قانونية لكى يعمل وينتج اثاره مشروط بعدم التعارض مع المصلحة العامة التى هى مصلحة المجتمع العليا . ولكن كيف تتحدد مصلحة المجتمع العليا فى هذا الشأن ؟ تلك هى المشكلة .

فاذا كانت العقوبة الجزائية تسن لمصلحة المجتمع وقبل كل شئ وكانت الغاية من العقاب هى حماية الفضيلة وحماية المجتمع من أن تتحكم الرذيلة فيه وتحقيق المنفعة العامة وكان الامتناع عن انزال

العقاب بالجاني من شأنه تعريض الجميع للاذى . ذلك لان ما جاءت به قوانين الجزاء وقوانين التجريم هو لمصلحة الناس عامة وحماية المصالح الاجتماعية والتي يمكن ردها الى خمسة انواع هى : حفظ الدين ، وحفظ النفس ، وحفظ العقل ، وحفظ النسل ، وحفظ المال ، اذن فتشريع العقوبة جاء من قبيل الواجب الذى يحقق العدالة بين الناس ويكون ارضاء للعدالة فى ذاتها فالعقوبة شرع لدفع المفساد وذلك فى ذاته مصلحة لان دفع الضرر (المفساد) مقدم على جلب المنفعة .

لذلك نصت كثر من القوانين الجزائية على عقاب من يقترب على نفسه فعلا يجرمه القانون . كالشروع فى الانتحار وكتجريم المرأة التى تجهض نفسها .

ولكن رغم ذلك فان لرضاء المجنى عليه أهمية قانونية وتظل أهمية التطور الذى لحق القانون الجزائى فى هذا المجال فى أنه ادى الى انحسار دور رضاء المجنى عليه اذ لايزال رضاء المجنى عليه سببا لابطاح بعض الافعال التى تقس المجنى عليه أو ماله بل ويكون شرطا من شروط بعض أسباب الاباحه . بل يؤدي الرضا فى بعض

الجرائم الى انعدام ركنها المادى كجريمة الاغتصاب مثلا ولكن ذلك كله بشروط محددة والا فقد الرضا كل قيمة له . وذلك على التفصيل التالى : -

فى شروط الرضا الذى يعتد به :-

(١) الشروط الشكلية :

يشترط فى الرضا الذى يعتد به القانون باعتباره سببا للاباحه أو عنصرا فى أسباب الاباحه أو كونه نافيا للركن المادى لبعض الجرائم عدة شروط شكلية هى : -

(أ) أن يكون الرضا صادرا من ذى أهلية :

ذلك لان الرضا تعبيرا عن ارادة يعتد بها القانون وتختلف الاهلية الجنائية باختلاف القوانين الجنائية . وقد تختلف باختلاف الجرائم فى القانون الواحد فمثلا :

يعتد القانون المصرى بالرضا فى جريمة الخطف اذا صدر عن المجنى عليه البالغ ستة عشر سنة . فى حين أنه يعتد فى جريمة هتك العرض بالرضا الصادر عن المجنى عليه البالغ ثمانية عشر عاما .

(ب) أن يكون الرضا فعلا ومؤثرا بمعنى :

أن تكون ارادة المجنى عليه سليمة خالية مما يشوبها من عيوب الرضا وخاصة الاكراه ، فمثلا : لا يعتد بالرضا الصادر من المجنى عليه اذا كان الجاني قد توصل اليه بالاكراه أو الضغط على ارادة المجنى عليه ضغط ماديا أو ادبيا .

جـ) يجب أن يكون الرضا صادرا قبل أو اثناء ممارسة الفعل الاجرامى :

فاذا صدر الرضا بعد تمام الجريمة مثلا يعتد به كسبب اباحة أو شرط فيها . . ويجب فى الرضا الصادر قبل ارتكاب الفعل الاجرامى ان يستمر حتى تمام ارتكاب الجريمة .

وقد اضاف بعض الشراح - على هذه الشروط المجمع عليها - شرطا آخر وهو : أن يكون الجاني هو الشخص الذى رعى له المجنى عليه أن يقوم بالفعل المكون للجريمة فمثلا : يعد مرتكب جريمة الاغتصاب الشخص الذى يواقع فتاه موها اياها انه صديقها الذى اعتاد زيارتها ليلا . وذلك لان رضا الفتاه ما كان موجها الا لصديقها . والقاعدة العامة انه قد يكون الرضا صريحا أو ضمنيا فى انتاجه لاثاره .

الشروط الموضوعية :

يمثل الحديث فى هذه الشروط حيز الزاوية فى تلك الدراسة ذلك وان كانت الشروط الموضوعية للرضا المعتد به فى هذا المجال تخلص فى عدم مساس الرضا بالمصلحة العامة . فان تحديد معيار المصلحة العامة يعد امرا بالغ الاهمية . لانه يمثل الحدود الفاصلة بين الرضا الذى يعتد به والرضا الذى لا يعتد به فى مجال المسؤولية الجنائية .

وتجدر الاشارة الى أن مفهوم المصلحة العامة مفهوم سياسى فى أصل تحدده باعتباره منفعة للنظام السياسى . ولما كانت أهداف الانظمة السياسية مختلفة فان مفاهيم المصلحة العامة سوف تختلف هى الاخرى لان كل نظام سياسى له مفهومه الخاص حول المصلحة العامة .

لذلك فان رأى الراجح فى القانون الوضعى يؤكد بان تحديد مضمون المصلحة العامة ومحتواها يتغير بتغير العصور وتبعاً للظروف الاجتماعية والمعطيات النفسية التى تسود المجتمعات .

أى أن مفهوم المصلحة العامة مفهوم ملتزم بالتزام النظام القانونى لنظام سياسى معين .

وبالتالى فان معطيات وعناصر مفهوم المصلحة العامة سوف تختلف من نظام قانونى الى اخر . وعليه فاذا كانت المصلحة العامة تقضى ان يكون لرضا المجنى عليه دورا محدودا فى النظم الاشتراكية فان المصلحة العامة فى النظم الرأسمالية (الليبرالية) قد تقضى ان يكون دور الارادة ورضا المجنى عليه اكثر فاعلية . . ولكن هل يمكن تصور معيار جامع مانع للمصلحة العامة فى كافة النظم القانونية على اختلاف روانها وفى القوانين الوضعية لا . للاسباب السابقة .

واننا نرى هذا المعيار فى مبادئ الشريعة الاسلامية الفراء فما هو موقف الشريعة الاسلامية من هذه المشكلة التى لم تحسم فى الفكر الجنائى الوضعى ولن تحسم الا باحكام الشريعة ؟

أن احكام الشريعة الإسلامية فى هذا المجال تقرر :

أن كل فعل فيه مساس بالمصلحة العامة لا يكون بمقدور الرضا اباحته مادام يمس حقا اجتماعيا عاما وليس حقا فرديا خاصا .

فالشريعة الاسلامية وما تتميز

به من كمال وعلو وسمو ودوام ، بحكم ارتدادها الى اصل واحد نشأت عنه جميعا . بحيث يعتبر كل منها اثرا من اثاره وهذا الاصل هو ان الشريعة الاسلامية من عند الله ومن صنعه . ولولا أن الشريعة من عند الله لما توفرت لديها هذه الصفات - قد أوجدت لنا الحل السليم لأعقد المشكلات التي تواجه المجتمعات الحديثة .

وفي هذا الصدد حددت الشريعة الاسلامية المصلحة العامة من خلال تقسيمها للجرائم بحسب طبيعتها الخاصة الى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الافراد وفيما يتعلق بالجرائم التي تقع ضد الجماعة حددتها الشريعة بأنها تلك التي شرعت عقوبتها لحفظ صالح الجماعة سواء وقعت على فرد أو على جماعة أو على أمن الجماعة ونظامها ومنها جرائم الحدود كالسرقة والشرب والقتل والحراية والزنا وتعتبر هذه الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة ولو انها تقع على افراد معينين . وتمس مصالحهم ماسة شديدا وليس في اعتبارها ماسة بالجماعة انكار لمساسها بالافراد وانما هو تغليب لمصلحة الجماعة على مصلحة الافراد بحيث لو غفا الفرد لم يكن لعفوه اثر على

الجريمة أو العقوبة .

واما الجرائم التي تقع ضد الافراد:

فهى التي شرعت عقوبتها لحفظ مصالح الافراد . ولو ان ما يمس المصلحة الافراد هو فى الوقت ذاته ماس بمصالح الجماعة . ومنها جرائم القصاص والدية وانما اعتبرت من الجرائم الماسة بالافراد لتغليب حق الفرد على حق الجماعة . فللفرد ان يتنازل عن القصاص والدية . وقد اعطى له حق التنازل لان الجريمة تمسه ماسة مباشرة فاذا تنازل عن العقوبة لم يترك الجانى وانما يعاقب بعقوبة تعزيرية حفظا لمصلحة الجماعة التي مست ماسة غير مباشر ولا يشترط فى العقوبة الردع والايلام فقد تكون العقوبة اصلاحية أى تستهدف اصلاح وتقويم الجانى .

وجرائم التعازير بعضها يمس مصلحة الجماعة وبعضها يمس مصلحة الافراد والجماعة على المعنى السابق بيانه .

والواقع ان كل جريمة تمس مصلحة الجماعة تمس فى النهاية مصلحة الافراد والعكس صحيح . فاذا اعتبرت الشريعة بعض الجرائم ماسة بمصلحة الجماعة فذلك لانها

تمس مصلحة الجماعة اكثر مما تمس مصلحة الفرد واذا اعتبرت بعض الجرائم ماسة بمصلحة الافراد فذلك لانها تمس مصلحة الافراد أكثر مما تمس مصلحة الجماعة .

وتطبيقا لذلك فانه لا يعتد برضاء المجنى عليه فى الافعال الواقعة على حياته وسلامته البدنية فيجب انزال العقاب بالاشخاص فى حالة ايداء انفسهم أو شروعهم فى الانتحار ولا يمكن التسليم بما يقوله البعض بانعدام جدوى العقاب فى هذه الحالة اذ ليست العقوبة تستهدف الايلام والردع فحسب . بل تستهدف ايضا اصلاح المجرم . وهذا هو الواجب التطبيق فى هذه الحالة . ولقد اتجهت بعض القوانين الحديثة الى تقرير هذه الاحكام مثل القانون الجزائى العمانى الذى يعاقب المجنى عليه على شروع فى الانتحار كما قرر قانون الجزاء العمانى عقاب من يقتل انسانا بعامل الاشفاق بناء على الحاجة بالطلب بعقوبة الجنابة (م / ٢٤٠ جزاء عمانى) ونفس المنهج القانون الانجليزى والقانون السودانى .

واذا انتهينا من تحديد المصلحة العامة المحمية جزائيا وفقا لاكمال الاحكام واكثرها سموا . فاننا

نستطيع تحديد القيمة القانونية لرضا المجنى عليه في مجال مسئولية الجزائية بوضوح .

تحديد المجنى عليه محل الحماية القانونية :

نخلص من التحليل السابق ان المجنى عليه في المسئولية الجزائية ليس هو فحسب الشخص الذي يكون محلا للجريمة رغما عن ارادته بل ان المجتمع هو المجنى عليه الاول في الجرائم الجزائية بوصف الجريمة تتعلق بحق المجتمع صاحب المصلحة الاعلى شانا والاولى بالرعاية من المصلحة الخاصة المتمثلة بالقيمة الذاتية أو الشخصية .

واذا كان القانون قد منح لرضا المجنى عليه (من الاشخاص) قيمة قانونية لكي يعمل وينتج اثاره في انتفاء المسئولية الجزائية فانه قد اشترط الا تمس الجريمة مصلحة عامة أي مصلحة المجتمع العليا . وقد حددنا معيار التمييز بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة (التي يعتد بالرضا في بعض صوره) من خلال تقسيم الجرائم بحسب طبيعتها الى جرائم ضد الجماعة وجرائم ضد الافراد وانتهينا الى عدم الاعتداد برضا

المجنى عليه في الجريمة اذا شكل رضاؤه مساسا بالمصلحة العامة حتى ولو كان رضاؤه قد تعلق بحق شخصي شكلا . ولذلك فانه تجب معاقبة من بشرع في الانتحار أو من يحدث بجسده أو ماله اضرارا . كما تجب معاقبة من يدمن تعاطي المواد المخدرة . وليس شرطا بان يكون العقاب بانزال العقوبات البدنية أو المالية بالجاني (والذي لو نظر اليه شكلا لكان مجنى عليه) بل تتخذ ضد هؤلاء التدابير الاحترازية بهدف تغيير سلوك هؤلاء الجناة نحو التكيف مع المجتمع .

وتتجه معظم التشريعات الجزائية الحديثة نحو الاخذ بمفهوم العقوبات من جانبها الاصلاحى . وذلك بلاشك تقارب مع احكام الشريعة الاسلامية الغراء التي تأمر بالعقاب ولكنها تجعله رحمة وعدل

فتوقيع العقاب الاصلاحى على المجرم ولو كان مجنى عليه فيه حماية له فضلا عن حماية المجتمع . وعلى ذلك فاذا كانت حماية الشرطة للمجنى عليه امرا واجبا فانه يجب ان ينظر الى المجنى عليه على انه ليس فحسب الشخص الذى وقعت عليه الجريمة رغم ارادته

بل وذلك الذى رضى بوقوعها عليه فى الامور المتعلقة بالمصلحة العامة ولا يشترط فى المصلحة العامة الا تمس مصلحة شخصية بل تعد مصلحة عامة الامور التى تمس المصالح الفردية بما يتعارض مع النظام العام فى الدولة .

وعليه ينحصر دور المجنى عليه الذى يستطيع تعطيل الحماية الجنائية على ذلك الذى يرضى بوقوع الجريمة عليه فى امر شخصي لا يمس المصلحة العامة على التحديد السابق .

... ..

ثانيا : أوجه الرعاية التى تقدمها أجهزة الدولة للمجنى عليه :
(١) دور الشرطة فى مجال الحماية :

اذا انتهينا الى تحديد المجنى عليه على النحو السابق فان على الشرطة اذن الاسراع فى مساعدة المجنى عليه والنهوض الى ذلك دائما . وعليها ان تتخذ كافة الاجراءات ادارية كانت أو قضائية التى تحول دون ارتكاب الجريمة أو ضبطها بعد وقوعها وتقديم الجناة الى المحاكمة ولا يمكن أن يغفل رضاء لا يعتد به من اتخاذ الشرطة الاجراءات الكفيلة بالمحافظة على

الامن العام والصحة العامة والسكينة العامة وضبط الجرائم وجمع الأدلة ضد مرتكبيها وتقديمهم للمحاكمة . والشرطة ملزمة بحماية المجنى عليه ولو من نفسه كما يتبدى ذلك من الدور الاجتماعي للشرطة في مجال رعاية المدمنين والاحداث والمفرج عنهم . . . الخ .

ويعتبر نكول رجل الشرطة عن مساعدة المجنى عليه أو عند طلب المساعدة له جريمة جنائية وجريمة ادارية في نفس الوقت . لان - الامتناع عن مساعدة المجنى عليه أو النكول عن طلب مساعدته يشكل اخلايا جسيما لاصول المهنة أو الوظيفة لما تفرضه عليه القوانين واللوائح من واجبات .

فحماية الشرطة للمجنى عليه اذن يمثل التزاما قانونيا عليها بترتب على عدم تنفيذه أو الاهمال فيه تحقق مسئولية رجل الشرطة جنائيا واداريا وربما مدنيا ايضا . اذا ترتب على الاخلال بالالتزام اصابة المجنى عليه بضرر من جراء ذلك الاخلال فمثلا : اذا شاهد رجل الشرطة شخصا يشرع في الانتحار أو شاهد أية جريمة ولم يتدخل لمنعها مع تمكنه من ذلك يكون محلا للمسئولية من كافة جوانبها

وكذا اذا لم يتدخل لضبطها واتخاذ الاجراءات القانونية حيالها ولما كان الامتناع عن مساعدة المجنى عليه أو النكول عن طلب مساعدته يشكل جريمة جنائية فانه يشترط لقيام الجريمة توافر ركنيها المادى والمعنوى . ويتكون الركن المادى من أربعة عناصر هي : -

أ- وجود مجنى عليه وقعت عليه جريمة أو قبل وقوعها في مصلحة غير خاصة له .

ب- عدم تقديم المساعدة (الحماية) أو الاستجابة لطلب المساعدة للمجنى عليه .

ج - أن يكون رجل الشرطة قادرا على تقديم المساعدة دون أن يلحقه ضرر جسيم .

د - أن يكون امتناع رجل الشرطة عن تقديم المساعدة أو الاستجابة اليها قد تم بمحض ارادته - أى بمحض ارادة رجل الشرطة .

واما الركن المعنوى :

فيستوى أن يكون هو العمد أو الخطأ - فتحقق مسئولية رجل الشرطة جنائيا اذا توافر الركن المادى سواء بارادة رجل الشرطة مباشرة أو غير مباشرة كما فى الاهمال الجسيم أو الرعونة أو عدم

الحيطه أو عدم مراعاة القوانين واللوائح .

واذا كانت تلك هى حدود حماية المجنى عليه وشروطها والاثـر المترتب على تخلف رجل الشرطة عن تقديمها . فانه يكون أمراً مهما العناية بتدريس العلوم السلوكية لرجال الشرطة مثل :

علم النفس الجنائى . وعلم الاجرام ، وعلم العقاب . فذلك مما يعينهم على فهم طبيعتهم الاجتماعية . كما تتحقق الحماية الشرطية للمجنى عليه - أيضا - من خلال تدعيم علاقة أجهزة الشرطة بأجهزة الاعلام فى الدولة من خلال التزام أجهزة الاعلام بنشر برامج متعددة تحض بإسلوب مباشر وغير مباشر على تجنب ارتكاب الانماط السلوكية المخالفة لقيم المجتمع وقوانينه كاسلوب وقائى للحد من انتشار الجرائم .

فحماية مصالح المجتمع العليا والقيم والمبادئ ليست مهمة الشرطة وحدها بل تشاركها كافة أجهزة الدولة وأن اضطلعت الشرطة بدور أعظم فيها .

٢ دور باقى أجهزة الدولة فى تحقيق الحماية للمجنى عليه :

انتهينا مما سبق الى أن حماية

بل وتعريفهم بحقوقهم في التماس الانصاف من خلال هذه الاليات ومن ذلك توفير المساعدة المناسبة لهم في جميع مراحل الدعوى القضائية . وسرعة الفصل في قضاياهم وتنفيذ الاوامر والاحكام التي تقضى بمنح تعويضات لهم التي ينبغي أن تكون عادلة . ما يكفل جبر كافة الاضرار والخسائر التي تصيبهم ورد الحقوق اليهم . وضرورة أن تلتزم الدولة بتقديم هذا التعويض حينما لا يكون ممكنا الحصول عليه من المجرم أو من مصادر أخرى ويجب تضمين النظام القانوني للدولة أحكاما بهذا الشأن بكل الصراحة والوضوح وتعديل هذه التشريعات بحيث تستجيب لكل التغيرات والظروف .

... ..

أجهزة الدولة في مساعدة المجنى عليهم وتعويضهم تعويضا يجبر ما أصابهم من اضرار وخسائر فانه يجب في الوقت ذاته تشجيع المشاركة الشعبية والمحلية من جانب كافة طوائف الجمهور في منع الجريمة اصلا وانشاء وتعزيز الوسائل اللازمة لكشف مرتكبي الجرائم ومقاضاتهم واصدار الاحكام عليهم أن أجهزة الدولة مجتمعة مطالبة بمعاملة ضحايا الجريمة (ممن يصابون بأي ضرر أيا كان نوعه من الجرائم التي تقع عليهم أو ذويهم أو ما يلحق بهم من خسائر) بالرافة والاحترام لكرامتهم وتوفير اليات العدالة اليهم للحصول على الانصاف الفوري لهم وفق قوانين الدولة ، ليس ذلك فحسب ،

المجنى عليه من جانب الشرطة ليست هي الحماية الوحيدة التي ينبغي توفيرها للمجنى عليه بل تتعداها الى باقى أجهزة الدولة . بوصف أن المجنى عليه الاول هو المجتمع ذاته فضلا عن المجنى عليه وفقا للتحديد السابق وفي أحيان كثيرة أيضا أسرهم وشهودهم وغيرهم ممن يمدون لهم يد العون ، وما قد يتعرضون له ظلما من خسائر أو اضرار أو مشقة في سبيل الحصول على حقوقهم . ليس فقط عما أصابهم من اضرار الجريمة التي وقعت عليهم بل وايضا من جراء اساءة استعمال السلطة ضدهم وقد أوضحنا ذلك بمثال من جهاز الشرطة .

وإذا كنا نتحدث عن دور كافة

وصف

عمر بن الخطاب

قال معاوية بن أبي سفيان لصعصعة بين صوجان ، صف لنا عمر بن الخطاب ، فقال :

كان عالما بروعته . عادلا في قضيته . عاريا من الكبر . قبولا للعدر . سهل الحجاب . مصون الباب . متحريرا للصواب . رفيقا بالضعيف . غير محاب للقريب . ولا جاف للغريب .

التعذيب جريمة عالمية ضد حقوق الانسان

للسيد الاستاذ / محمد شكرى عبد الفتاح - المحامى

من المقرر عالميا أن التعذيب هو انتهاك أساسى لحقوق الانسان أدانته الجمعية العامة للأمم المتحدة كجريمة موجهة ضد آدميه الانسان وحقوقه وكرامته الانسانية ، ونصت على تحريمه قوانين جميع دول العالم ومختلف المواثيق العالمية لحقوق الانسان وذلك على مختلف الأصعدة الدولية والاقليميه والمحلية حسبما يتضمنه المنظور التالى معطيات ومضامين ومفاهيم :

اولا : على الصعيد الدولي :

تنص المادة الخامسة من الاعلان العالمى لحقوق الانسان على أنه لا يجوز اخضاع أى فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير انسانية أو مهينة ، كما تنص المادة الثالثة المشتركة فى ميثاق اتفاقيات جنيف الرابع المبرمة لسنة ١٩٤٩ على تحريم التعذيب أو المعاملة القاسية للأشخاص الذين لم يشتركوا اشتراكا فعليا فى الحرب ، كما تحرم المادة نفسها

الاعتداء على الكرامة الشخصية وبالأخص المعاملة المهينة ، وطبقا للمادة التاسعة من اتفاقية جنيف الثالث لا يجوز استخدام القهر المعنوى أو البدنى على أسير من أسرى الحرب من أجل إكراهه على الاقرار بالذنب الذى اتهم به ، كما تنص الاتفاقية الدولية بشأن الحقوق المدنية والسياسية لسنة ١٩٦٦ فى المادة السابعة على أنه لا يجوز أخضاع أى فرد دون رضائه الجبر للتجارب الطبية أو العلمية وكذلك الاعلان العالمى لحماية الانسان من التعذيب الذى أقرته الامم المتحدة فى ٩ ديسمبر ١٩٧٥ وأيضا القواعد والمذونات الخاصة بمجموعة قواعد الامم المتحدة بشأن الحد الأدنى لمعاملة السجناء لسنة ١٩٥٧ الذى تنص المادة ٣١ من تلك المجموعة على أنه تحظر العقوبة البدنية والحبس فى زنزانة مظلمة ، وجميع ضروب وأشكال العقوبة القاسية أو اللانسانية المهينة حظرا تاما كجزاءات تأديبية ، كذلك تنص

المادة الخامسة من المدونة الخاصة بقواعد السلوك الوظيفى للموظفين المكلفين بتنفيذ القوانين لسنة ١٩٧٩ على أنه لا يجوز لأى من الموظفين المكلفين بتنفيذ أو تطبيق القوانين أن يقوم بأى عمل من أعمال التعذيب أو غيره من المعاملة أو العقوبة اللانسانية أو المهينة أو أن يحرض عليه أو أن يتغاضى عنه الموظفون بنفاذ أو تنفيذ القوانين أن يتذرع بأوامر عليا أو بظروف استثنائية لتبرير التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللانسانية أو المهينة وفى تلك المدونة يقصد بعبارة الموظفين المكلفين بتنفيذ القوانين جميع موظفى القانون الذين يمارسون صلاحيات الشرطة ولا سيما صلاحية الاعتقال والاحتجاز .

وجدير بالذكر أنه يتضح من استقراء مجموعة مبادئ الامم المتحدة الخاصة بأداب المهن الطبية لسنة ١٩٨٢ أن المبدأ رقم ٢ ينص

على أنه يعتبر انتهاكا خطيرا لأداب المهنة الطبية وإساءة لمقتضى المواثيق الدولية المرجعية قيام الموظفين الصحيين وعلى وجه الخصوص الأطباء بأعمال ايجابية أو سلبية من شأنها أن تشكل اشتراكا أو تواطؤا أو تحريضاً أو محاولة لا ارتكاب التعذيب أو غيره من ضروب المعاملة أو العقوبة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة ولهذا فإن كل فعل من أفعال التعذيب التي ترتكبها الحكومة يعد انتهاكا للكرامة البشرية وخرقا للقانون الدولي والمواثيق العالمية .

ثانياً : على الصعيد الإقليمي :

تنص المادة الثالثة من الاتفاقية الأوروبية لحماية الإنسان والحريات الأساسية لسنة ١٩٥٠ على أنه لا يجوز إخضاع أى فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة غير إنسانية أو مهينة . كما تنص الفقرة الثانية من المادة الخامسة من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان لسنة ١٩٦٩ على أنه لا يجوز إخضاع أى فرد للتعذيب أو لعقوبة أو معاملة قاسية أو غير إنسانية أو مهينة ويجب احترام الكرامة المتأصلة فى بنى الإنسان عند معاملة الأشخاص المجردين من حريتهم ، كما أنه يبين من مطالعة

الميثاق الإفريقى لحقوق الإنسان والشعوب الذى تم إقراره فى عام ١٩٨١ أن المادة الخامسة منه تنص على تحريم جميع ضروب استغلال الفرد وأهائته وعلى وجه الخصوص التعذيب أو العقوبة والمعاملة القاسية أو اللاإنسانية أو المهينة .

والجدير بالذكر فى هذا الخصوص أن محكمة الاستئناف الفيدرالية للولايات المتحدة الأمريكية الدائرة القضائية الثانية قد أصدرت حكمها التاريخى الشهير فى نطاق قضية تعذيب كان لها صدى عالمى هى قضية والد وأخت المدعو جولييترو فيلاتيفا وهو شاب من براجواى عمره ١٧ سنة توفى أثناء تعذيبه على يد المفتش لقوات الشرطة فى مدينة اسينشينى - وقد قضى هذا الحكم العظيم بأن ممارسة التعذيب فى حالة سماح السلطات الحكومية بذلك تشكل انتهاكا لأحكاما القانون بموجب التشريع رقم ٢٨ من قانون الولايات المتحدة الأمريكىه البند رقم ١٣٥٠ ولقد كان هذا الحكم علامة تاريخية مميزة مهدت السبيل أمام إيجاد وسيلة علاج على نطاق قطرى فى القانون الدولى لحقوق الإنسان ، وسابقة قانونية مهمة فى عالم

يجرى فيه تنفيذ احكام حقوق الإنسان داخل مختلف البلدان ، كما نص الحكم المذكور على أنه قد أصبح القائم بالتعذيب شأنه شأن من سبقه من القراصنة وتجار العبيد عدوا لكل البشر .

ثالثاً : على الصعيد الداخلى :

أن كل فعل من أفعال التعذيب التي ترتكبها الحكومة ورجالها يعد انتهاكا للكرامة البشرية وخرقا للقانون الدولى لهذا حظر الدستور التعذيب وجرمه القانون الجنائى نظرا لشعاره مع نصوص المعاهدات الدوليه الرئيسية التي تحمى حقوق الإنسان ، ورغم أن المدافعين عن التعذيب غالبا ما يلجأون الى تبريره تحت زعم الصالح العام والأرواح البريئة ، لكن هذا الدفاع المختلف لا ينطبق على الواقع ، فالتعذيب يمارس حاليا كجزء من خطة حكومية تهدف الى قمع المعارضه ، وفى أغلب الأحيان ما يكون المحبوسون أو المعتقلون السياسيون أكثر تعرضا له فى الفترة التي تتلو اعتقالهم أو القبض عليهم مباشرة وذلك عندما تخور قواهم ويجبرون على اعترافات كاذبة ، ويكون من بين الضحايا أمهات وشيوخ وأطفال يجرى تعذيبهم

وتشويههم بعد خطفهم كرهائن لاجبار المتهم السياسى الهارب على تسليم نفسه أو الاعتراف بما يطلب منه الاعتراف به علما بأنه لا توجد ظروف يمكن أن تبرر ارتكاب تلك الانتهاكات أو تسمح بها قانونا لأن التعذيب اعتداء صارخ على حكم القانون ويناقض مناقضة مباشرة المبدأ الأساسى القائل بتوقيع عقوبة محددة لقاء جرم محدد وثابت ولكن التعذيب فى حد ذاته يعتبر اعتداء مبينا ومقصودا ، ولا شئ يتنافى مع الانسانية اكثر من اذلال السجين الأعزل وتعريضه للأذى أو أى ألم عمدى لا يغتفر ولهذا يجب أن يدان التعذيب أدانة مطلقة وأن يعمل كل من جانبه على مقاومته.

وجدير بالذكر أن معظم المعتقلين فى السجون بسبب معتقداتهم وكثيرون منهم لم يقدم الى المحاكمة أو توجه ضده أية تهمة والجديد بالذكر أيضا ان التعذيب لا يقع لمجرد أن القائمين به لديهم نزعة سادية للتلذذ بتعذيب الآخرين فحسب وحتى لو أثبتت الادلة وجود تلك النزعة فى بعض الأحيان الا أنه فى أغلب الأحيان يشكل جزءا من الأجهزة التى تتحكم فيها الدولة وتحكم بها

وتستخدمها لكبح المعارضة فالحكومة تستخدم التعذيب كجزء لا يتجزأ من استراتيجيتها الأمنية فإذا تعرضت لتهديد مارست التعذيب واستعانت به لاستخلاص المعلومات لذلك كلما قامت الحكومة بتوسيع نطاق تعريف أمنها أو تصورها له كلما أضحى توريط اشخاص مختلفين وكثيرين فى نشاطات محظورة والقاء الرعب فى نفوس قطاعات اجتماعية مستهدفة كالطلاب وأعضاء النقابات العمالية والنقابات المهنية كالعمال والحامين ، هو الدافع الحقيقى فى نية السلطة أو الحكومة وراء استخدام وسائل التعذيب وهذا يؤكد بالقطع أن التعذيب هو اعتداء مدبر ضد الكرامة الانسانية ولهذا السبب وحده ، يجب ادانته بشكل لا يقبل الجدل ولهذا ايضا كان المشرع الدستورى والجنائى حريصا على النص على تحريم التعذيب وادانته فى كافة صوره وبهذا أصبحت مسئولية المحاكم تحويل تلك النصوص التى أوردها المشرع فى هذا الخصوص من جز على ورق الى واقع ملموس والتى يمكن الاشارة اليها مع الاشارة بها من خلال التنصيص القانونى التالى :

الدستور المصرى الصادر فى ١٩٧١/٩/١١ الباب الثالث الحريات والحقوق والواجبات العامة المادة ٤٠ المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

المادة ٤١ " الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة لا تفسد ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل الا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق ، وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون "

المادة ٤٢ " كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقييد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الانسان ، ولا يجوز ابداءه بدنيا أو معنويا ، كما لا يجوز حجزه أو حبسه فى غير الاماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون - وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شئ ما تقدم أو التهديد بشئ منه يهدر ولا يعول عليه "

المادة ٥٧ " كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء " .

وثيقة اعلان الدستور

" نحن جماهير شعب مصر العامل على هذه الأرض المجيدة منذ فجر التاريخ والحضارة ، نحن جماهير هذا الشعب فى قرى مصر وحقولها ومدنها ومصانعها ومواطن العمل والعلم فيها ، وفى كل موقع يشارك فى صنع الحياة على ترابها أو يشارك فى شرف الدفاع عن هذا التراب ، نحن جماهير هذا الشعب الذى يحمل الى جانب امانة التاريخ مسئولية أهداف عظيمة للحاضر والمستقبل بذورها النضال الطويل والشاق ، نحن جماهير شعب مصر باسم الله ويعون الله نلتزم الى غير ما حد وبدون قيد أو شرط أن نبذل كل الجهود لتحقيق :

رابعاً :

الحرية للإنسان المصرى عن ادراك الحقيقة فى أن انسانية

الانسان وعزته هى الشعاع الذى هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذى قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى ، وأن كرامة الفرد انعكاس طبيعى لكرامة الوطن ذلك ان الفرد الذى هو حجر الأساس فى بناء الوطن وبقيمة الفرد ويعمله وبكرامته تكون مكانه الوطن وقوته وهيبته ، وأن سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب لكنّها الأساس الوحيد لمشروعية

السلطة فى نفس الوقت ؟؟

قانون الاجراءات الجنائية

المادة ٤٠ " لا يجوز القبض على أى انسان أو حبسه الا بأمر من السلطات المختصة بذلك قانوناً كما تجب معاملته بما يحفظ عليه كرامة الانسان ، ولا يجوز ابدائه بدنياً أو معنوياً .

المادة ٤١ " لا يجوز حبس أى انسان الا فى السجون المخصصة لذلك ، ولا يجوز لمأمور أى سجن قبول أى أنسان فيه الا بمقتضى أمر موقع عليه من السلطة المختصة ، والا يبقيه بعد المدة المحددة بهذا الأمر "

المادة ٤٢ " لكل من أعضاء النيابة العامة ورؤساء ووكلاء

المحاكم الابتدائية والاستئنافية زيارة السجون العامة والمركزية الموجوده فى دوائر اختصاصهم والتأكد من عدم وجود محبوس بصفة غير قانونية ، ولهم أن يطلعوا على دفاتر السجن وعلى أوامر القبض والحبس وأن يأخذوا صوراً منها وأن يتصلوا بأى محبوس ويسمعوا منه أى شكوى يريد أن يبديها لهم ، وعلى مدير وموظفى السجون أن يقدموا لهم كل مساعده لحصولهم على المعلومات التى يطلبونها .

المادة ٤٣ " لكل مسجون الحق فى أن يقدم فى أى وقت لمأمور السجن شكوى كتابية أو شفوية ويطلب منه تبليغها للنيابة العامة ، وعلى المأمور قبولها وتبليغها فى الحال بعد اثباتها فى سجل يعد لذلك فى السجن ولكل من علم بوجود محبوس بصفة غير قانونية أو فى محل غير مخصص للحبس أن يخطر أحد أعضاء النيابة العامة وعليه بمجرد علمه أن ينتقل فوراً الى المحل الموجود به المحبوس وان يقوم باجراء التحقيق وأن يأمر بالاقراج عن المحبوس بصفة غير قانونية وعليه أن يحرر محضراً بذلك .

المادة ١٤٠ " لا يجوز لمأمور السجن

ان يسمح لأحد من رجال السلطة بالاتصال بالمحبوس داخل السجن الا باذن كتابي من النيابة العامة وعليه ان يدون في دفتر السجن اسم الشخص الذي سمح له بذلك ووقت المقابلة وتاريخ ومضمون الاذن ؟

ومن الجدير بالذكر أنه رغم تلك الترسانة القانونية والدستورية المقدسة بالنصوص التشريعية الأمرة التي تحرم التعذيب وتحرمه باعتباره اعتداء خطير على الحرية الشخصية وحرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون - فان شمولية النظام الحاكم في مصر وارتكازه على نظام الطوارئ في حكم البلاد قد أحالت جميع تلك النصوص المنوّه عنها الى حبر على ورق وعطلتها بشكل أضحت معه هي والعدم سواء وقد ساعد السلطة الحاكمة في مصر على هذا المروق الدستوري والخروج على المشروعيه وسيادة القانون سلبية المواطنين وجماهير الشعب المصري التي تقاعست عن حماية الدستور الذي أقسمت صراحة في وثيقة اعلان الدستور على بذل كل الجهود لحماية الدستور وتحقيق حرية

الإنسان وكرامة الفرد كما شجع السلطة الحاكمة في مصر على ممارسة التعذيب وتبنى سياسته تخاذل رجال النيابة العامة ورؤساء وكلاء المحاكم الابتدائية والاستئنافية عن أداء واجباتهم المنوطة بهم والاضطلاع بمسئولياتهم أو مباشرة صلاحياتهم المنصوص عليها في المادة ٤٢ من قانون الاجراءات الجنائية سالفه الذكر من ضرورة زيارة السجون والتفتيش عليها والتأكد من عدم وجود محبوس بدون وجه حق أو قانوني وسماع شكاوى المسجونين الأمر الذي نتج عنه أحساس المسئولين عن السجون بانعدام الرقابة عليهم وهو نفس الأمر الذي نتج عن عدم التزام النيابة بالانتقال الى السجون عند تبليغها بوجود محبوس بصفه غير قانونيه أو في محل غير مخصص للحبس على النحو الوارد في نص المادة ٤٣ من قانون الاجراءات الجنائية والتأكد من عدم دخول رجال السلطة أو مباحث أمن الدولة للسجون وتعذيب المسجونين أو الاتصال بهم والتأثير عليهم بأي شكل من الاشكال ، وكذلك التأكد بمعرفه النيابة من أن جميع احكام قانون الاجراءات الجنائية ولائحة السجون والدستور مطبقة تماما دون

ادنى تعطيل أو تجاوز ولا جدال أن جميع تلك السلبيات وغيرها من التجاوزات غير المسئولة على جميع المستويات بلا استثناء قد أودت بالبلاد الى الخضيض في مجال حقوق الانسان ودخلت بها فيما يمكن تسميته بعصر التعذيب وانتهاك حقوق الانسان المصري وأدميته الذي لم تسمع عنه مصر أو تراه من قبل والذي يشعر معه الكافه بخطورة نهايته والبلاد تعاني الأهوال من نار الغلاء الملتهب والبطالة والفقر والمرض والجهل والفساد والانحراف والديون الغارقة فيها مصر والتمزق الاجتماعي والانهيال الاقتصادي والاضياح السياسي الذي تعانيه ، وتلك جميعها لا شك مقدمات أو مبررات ومسببات لا نفجار ضاري أو ثوره عارمة قد تعصف بالبلاد في لحظة من اللحظات .

وغنى عن البيان أنه رغم النص الدستوري للمادة ٥٧ من الدستور على أنه لا تسقط الدعوى المدنيه والدعوى الجنائية الناشئتين عن التعذيب أو الاعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة ، وأن الدولة تكفل تعويضا عادلا لمن وقع عليه الاعتداء - رغم كل ذلك فقد انتشر جرائم التعذيب في

مصر داخل جميع السجون والمعتقلات ومراكز وأقسام الشرطة بلا استثناء وتتم تلك الجرائم المتوحشه النكراء تحت سمع وعلم ومسئولية كافة المسئولين المناط بهم ضبطها أو عدم ممارستها ومحاربتها وعقاب مرتكبيها ويعتبر رئيس الدولة ذاته بصفته رئيسا للسلطة التنفيذية مسئولا بل أول المسئولين عن أى فسادا أو انحراف أو تجاوز أو مروق أو خروج على الدستور والقانون يصدر عن أحد رجال السلطة التنفيذية التى يرأسها باعتبار أن كل رئيس يسأل عن تجاوزات مروؤسيه فى عمله أو بسببه - كما لا يعفى من المسئوليه ايضا رجال النيابة ورؤساء المحاكم الابتدائية والاستئنافية الذين قصروا فى حمل الامانه التى حملهم بها المشرع فى المادة ٤٢ اجراءات جنائية على نحو ما سبق ذكره من المبادرة الى التفتيش على السجون العامة والمركزية وسماع شكاوى المحبوسين فيها ، كما لا يعفى من المسئوليه أيضا كافة القضاة والمحاكم التى تأخذ بالاقوال أو الاعترافات الصادره عن ضغط أو اكراه أو تعذيب وتعول عليها فى احكامها .

ومن دواعى الاسى والمرارة أن

تقاعس كل هؤلاء وغيرهم من المسئولين عن ملاحقة التعذيب والقصاص من مرتكبيه كان له اسوأ الأثر فى انعدام الرقابة وانتشار التعذيب على أشده بشكل مفرع داخل السجون والمعتقلات ومراكز واقسام الشرطة كما ذكر وتحوله الى ظاهرة حكم واسلوب عمله تحول لجريمة نظام دخل قفص الاتهام .

ومن المحزن أن الأمر لم يقف عند هذا الحد بل وصل حد التردى أن السلطة أصبحت تمارس الضغط على جهاز نيابة أمن الدولة باعتباره جهة اداريه تابعه للسلطة التنفيذية لكى تجرده من سمات الحيدة والاستقلال وتفرض عليه التبعية لها ولتوجهاتها .

والجدير بالذكر ان الهيئات المختلفه المشتركة فى عمليات التعذيب تبين لنا مدى مسئولية الحكومة فى ممارسة التعذيب ففى اغلب الاحيان تشترك فيه عناصر من مخابرات الجيش أو الأمن القومى أو الشرطة أو ضباط موظفى السجون ومباحث أمن الدولة ، وهذا يوضح الصفة الرسمية لعمليات التعذيب ، والصورة العامه التى تتضح من هذا هى وجود مجموعات مدرية

تدريبيا خاصا على تنفيذ أعمال التعذيب تعتبر نفسها تؤدى دوراها فى الحفاظ على أمن الدولة أو بالأحرى أمن السلطة ، ويعزز الاعلام الحكومى هذا الشعور وينميه لدى تلك المجموعات الأمر الذى خلق ظاهرة العنف الذى نضطر الى ممارسته فئات المعارضه ضد الحكومه أو تلك المجموعات .

وغنى عن البيان أنه وإن كان افراد تلك المجموعات يدركون تماما أن يمارسونه من تعذيب هو من الافعال الاجرامية فانهم يدركون أيضا ان رؤسائهم سوف يتسترون عليهم ويحمونهم اذا ما حدث فى يوم من الايام وهذا أمر بعيد الاحتمال وقدموا للمحاكمة فان السلطة المحاكمه تتعهد بحمايتهم والتحصل على حكم ببراءتهم كما حدث فى قضية التعذيب عندما قدمت النيابة بناء الى طلب محكمة الجهاد ٤٤ ضابط شرطه للمحاكمة بتهمة تعذيب المتهمين فى قضية الجهاد لسنة ١٩٨١ وبالفعل صدر الحكم فى نهاية المحاكمه ببراءتهم ليعود التعذيب اشد عودا وصلابة بدءا من الأيام الأولى من الاحتجاز وهى الفترة التى يقضيها المحتجز عادة فى الحبس الانفرادى وتتحكم

قوات الأمن والمباحث تحكما تاما فى مصيره وتمنع اقربائه وذويه ومحاميه أو أى طبيب حكومى من زيارته كما يجرى اعتقال البعض فى اماكن سرية ولا تذكر السلطات انها اعتقلتهم ليسهل عليها القيام بتعذيبهم أو قتلهم أو اختفائهم لهذا فان تعطيل الاجراء الخاص بضرورة مثول المتهم أمام المحكمة وغيره من التدابير القانونيه ومحاكمة المحتجزين فى محاكم عسكرية وعدم وجود هيئه مستقله محايدة لها حصانة لفحص الحالة الطبيه للسجين وتدوينها فى سجل خاص كل ذلك يمكن السلطه وقوات الامن ورجال المباحث من اخفاء أدلة التعذيب عن المحامين والقضاء الطبيعيين والأطباء المستقلين وغيرهم ممن يستطيعون أو يملكون تحريك الدعوى العمومية ضد تلك الاعمال غير المشروعه والقائمين بها أو مرتكبيها ولقد أضحى أيضا من العوامل الرئيسيه التى تشجع على ممارسة التعذيب قبول بعض المحاكم الاقوال والاعترافات المنتزعة تحت التعذيب سواء كانت محاكم عسكرية أو غير عسكرية سيما اثناء فتره الحجز الانفرادى ورفضها ادانة القائمين بالتعذيب

بالرغم من وجود أدلة دامغه ، وفرض الرقابه على ما ينشر فى هذا الخصوص أو منع النشر مطلقا وازاء كل ما تقدم من حقائق مذهله ومعطيات داميه وبعد ما أصبح التعذيب ظاهرة عصر وجريمة نظام دخل قفص الاتهام ومحاكمة له وادانة فى ضمير الجماعة الانسانية وتحت بصر عدالة السماء التى لن يفلت منها منحرف أو متواطئ .

من حصاد ما تقدم يضحى لا مندوحة من حتمية مقاومة التعذيب فى كل صوره وأشكاله وتصبح مقاومته فرض عين على كل مواطن أو فرد أو جماعة ، وعلى العاملين أو المشتغلين بالقانون من محامين وقضاء ورجال النيابة والأطباء ورجال السلطة والأمن والشرطه ذاتهم من الشرفاء ورجال الصحافة الاحرار وكافه رجال الاحزاب الشريفه الشرفاء غير المستأنين والعاملين أو المشتغلين بالعمل العام الحر والدفاع عن الحريات وحقوق الانسان سواء على الصعيد المحلى الداخلى أو العالمى الخارجى ، وغيرهم من الكافة والشعب المصرى بأسره فى جميع

قرى مصر وحقولها ومدنها ، ومصانعها ومواقع العمل والفكر فيها ، وفى كل موقع يشارك فى صنع الحياة على ترابها أو يشارك فى شرف الدفاع عن تراب مصر من أجل أمانة التاريخ الحضارى لهذا البلد الأمين والحفاظ على النضال الطويل والشاق واستمرارا لهذا النضال العظيم ذو العمق التاريخى ضد القهر والتخلف وامتهان آدمية الانسان المصرى وكرامته ، حتى يكمل فى النهايه هذا النضال بالنجاح ، ولن يتأتى ذلك الامن خلال حرب مقدسة ضارية شرسة ضرورية يخوضها كل الشعب المصرى بلا هواده ضد التعذيب وزبانيته من أجل التخلص من التعذيب وتصفيه مدارسه وقطع دابره واستئصال شأفة زبانيته بعد ما أصبح لا محل لوجوده بين الأمم فى عالم متحضر أشرفت فيه شمس حقوق الانسان مبهره ساطعة بضوئها ونورها ، حاميه الرطيس بنارها ولظاها لتحرق زبانية التعذيب والقراصنة وتجار العبيد من أعداء الشعوب والبشر وبنى الانسان ، وتخلص الانسانية .

حماية الحرية في مواجهة التشريع دراسة في دستورية التشريعات المقيدة للحريات

للسيد الدكتور / وحدى ثابت غبريال - مدرس القانون
العام كلية الحقوق - جامعة القاهرة - فرع بنى سويف

مقدمة عامة

ليس كافياً ، لضمان حرية الفرد أن يعترف بحقوقه وحرياته إعترافاً رسمياً أو نظرياً فحسب . ذلك أن إعلانات الحقوق والدساتير المقررة للحقوق والحريات العامة ، تكملها التشريعات التى تتولى وضع القواعد التنفيذية للنصوص الدستورية المقررة للحق أو الحرية . أما الأنظمة التى تقتصر على الإعلان الشكلى عن وجود حقوق وحريات فردية للمواطن ، دون أن تتولى التشريعات تنفيذ هذا الأقرار الدستورى بكفالة الحرية ، إنما هى أنظمة تعجز عن تحقيق تمتع المواطن بحرياته الفردية (١)

فالنظام القانونى للحريات العامة
LEREGIME JURIDIQUE
DES LIBERTES PUBLIQUES
يتألف من مجموع من النصوص القانونية التى تنظم موضوع الحريات العامة بصورة تكفل للمواطن ممارستها ، وتكفل فى الوقت ذاته حماية النظام العام

فى المجتمع .

والأصل ان هذه النصوص تتبع للفرد التمتع بحرياته الأساسية ، وفقاً للشروط والأوضاع التى تكفل حماية النظام العام وبذلك يمكن فض التعارض بين السلطة والحرية .

هذا ، ويتكون النظام القانونى للحريات العامة من مراتب ثلاث من النصوص القانونيه :-

أولاً: النصوص الدستورية :

التي ترسى مبادئ الحقوق والحريات الفردية ، وتقررها على نحو يكفل تمتع الأفراد بها فى دولة القانون .

ثانياً: النصوص التشريعية :

وهذه تنفذ النصوص الدستورية وتتطابق معها فى مضمونها . والأصل الا يخرج دورها عن الدور المنفذ لإرادة السلطة التأسيسية القائمة بوضع الدستور . وهو ما يتبدى فى تكملة النصوص الدستورية بوضع بعض الإجراءات

المنظمة لممارسة الافراد لحقوقهم وحرياتهم فى المجتمع ، مع كفالة هذه الحريات فى حدودها المقرره دستوريا .

ثالثاً: النصوص اللائحية :

وهذه تضعها الادارة من أجل تحقيق أعراض الضبط الإدارى . وهذه النصوص تفرض قيوداً على ممارسة الأفراد لحرياتهم من أجل تحقيق النظام العام والحفاظ على الصحة العامة والسكينة العامة (٢) وغنى عن البيان أن هذه الطائفة من النصوص القانونية تضعها الادارة فى سبيل أدائها لوظائف الضبط الإدارى ، بينما يقوم البرلمان بوضع الطائفة السابقة من النصوص (النصوص التشريعية) بقصد تنظيم ممارسة الأفراد للحقوق والحريات المقررة دستوريا .

ومن جماع هذا الشمل من النصوص القانونية ، يتألف النظام القانونى للحقوق والحريات العامة ، فى النظام الدستورى المصرى .

وجدير بالذكر ، ان وجود هذه القواعد القاتونية يفترض ، ابتداء قيام دولة القانون . LETAT DE DROIT وهى الدولة التى تنقيد فيها الأجهزة الدستورية والتشريعية والتنفيذية والقضائية بالقواعد القانونية المجردة والموضوعة سلفاً ، أى تنقيد بحكم القانون (٣) . فقيام الدولة القانونية هو شرط لا غنى عنه لقيام الحرية فى أى مجتمع وضرورى لممارسة هذه الحرية بصورة تكفل تمتع الأفراد بها .

والمشكلة التى ينشغل بها هذا البحث تثور عندما يمارس البرلمان سلطته التشريعية ليرسى القواعد القانونية المنفذه لارادة السلطة التأسيسية والمكملة للنصوص الدستورية ، فإذا به لا ينفذ إرادة تلك السلطة ، ويخالف هذه النصوص .

فإذا أقر الدستور حرية ما ، ثم أصدر المشرع قانونا يقيد من ممارسة هذه الحرية ، حائلا دون التمتع بها ، نكون حيال قانون غير مطابق للنص الدستورى الذى يعلوه فى المرتبة وفقا لمبدأ التدرج الذى يقوم عليه مبدأ المشروعية فى جانبه الشكلى .

كذلك تثور المشكلة ، حينما ينظم الدستور حرية من الحريات أو حقا من الحقوق العامة ، ويعطى للمشروع (البرلمان) السلطة التقديرية للتدخل ، بتنظيم كيفية ممارسة هذا الحق وطرائق استخدام تلك الحرية . وهنا تدق التفرقة - إذا ما خرج البرلمان عن الحدود الدستورية ، فأورد قيوداً على الحق أو الحرية - بين التنظيم المباح للحرية وبين إدخال مجموعة من القيود التى تحول دون التمتع بها ، أو على الأقل تجعل ممارستها أمراً يشق على المواطنين ، فيصبح النص الدستورى الكافل للحرية حبراً على ورق لا ضمانه ترجى منه ولا حق من خلاله يشع .

والواقع أن هذه المشكلة لا تثور بذات الكيفية فى الدول الديمقراطية التى تستند فيها الأجهزة التشريعية الى إرادة شعبية حقيقية ترعى مصالح أغلبية حقيقية لأفراد الشعب . حيث يتعذر فى مثل هذه الدول النيل من الحريات عن طريق التشريع المنظم للحرية ، لأن التشريع هنا يكفل الحرية وتمتع الأفراد بها ، فالقانون المقيد للحرية والمعبّر عن إنحراف المشرع فى ممارسة الوظيفة التشريعية ، قد لا يتصور وجوده

فى تلك الدول ، لأن الأغلبية القائمة بأصدار القانون - كأصل عام - غالباً ما تعبر بصدق عن رأى الشعب وإرادته ، أو على الأقل تخشى الرأى العام وقوة تأثيره (٤) .

بينما فى دول العالم الثالث ، يسود مناخ سياسى مختلف تماما حيث تعاني هذه الدول من ضعف المؤسسات الدستورية والسياسية ومن تبعية هذه المؤسسات للسلطة التنفيذية وموالاتها لها .

وفى ظل هذا المناخ السياسى تصدر تشريعات تتضمن مساساً بالحريات العامة ، وانتقاصاً منها ، يعبر عن إساءة السلطة التشريعية فى استخدام وظيفتها .

ولعل التجربة الدستورية فى مصر تشير الى ذلك ، حيث صدرت فى الفترة ما بين سنة ١٩٧١ ، سنة ١٩٨٠ ، مجموعة من القوانين التى تنطوى على انتهاك للنصوص الدستورية المقررة للحقوق والحريات العامة .

كذلك تنطوى بعض هذه التشريعات على قيود تصل فى بعض الأحيان الى حد مصادرة الحرية بحرمان بعض الفئات منها ، وفى معظم الأحوال ،

كان هذا المساس بالحرية يتم تحت ستار ما خوله الدستور للتشريع من مكنة تنظيم ممارسة الحريات العامة .

ومن هنا ، بدت الحاجة ماسة لمعالجة هذا الموضوع ، ذلك أن المشكلة تبدو في نظرنا شديدة الألمح والخطورة . فالقانون المناهض للحرية يعد من أبشع صور الاستبداد الذي لا يسوغ وجوده في مجتمع متحضر ، فهو تقنين للظلم وأغتيال للحرية بحكم القانون مما لا يسوغ معه إدراج هذا التشريع في عداد مصادر النظام القانوني للحريات العامة ، لأن من المفترض أن تتناغم عناصر هذا النظام القانوني وقواعده ، ومن غير المتصور أن يصبح التشريع المخالف للدستور والمقيد لحرية قررتها نصوص الدساتير ، أحد مصادر النظام القانوني المنظم لممارسة الحرية ، لأن معنى ذلك أن يوجد نص دستوري أعلى يكفل الحرية ، ويوجد نص تشريعي أدنى يهددها أو ينتقص منها .

وفي ذلك تناقض غير مفهوم لا يستقيم معه النظام القانوني للدولة القانونية ، مما يستتبع إستبعاد هذا الكيان التشريعي الفاسد ليتسق البنيان القانوني للحريات

العامة ككل واحد منسجم في قواعده معا .

ولقد أقر الدستور المصري الصادر في سنة ١٩٧١ بصراحة مبدأ الحرية ، إلا أنه فرق في هذا الصدد بين نوعين من الحريات :

النوع الأول : وهو يشمل ما نظمته الدستور تنظيماً نهائياً لا يقبل التدخل التشريعي .

النوع الثاني : فيشمل ما أحال الدستور في شأنه إلى المشرع للقيام بتنظيمه . وهذا النوع الثاني من الحقوق والحريات العامة القابلة للتدخل التشريعي للقيام بتنظيمها هو ما يثير المشكلة التي يتناولها هذا البحث وينشغل بها . وهي أن التدخل التشريعي قد يستر خلفه تقييداً للحرية . ومن هنا نشأت الحاجة لحماية الحرية التي أقرها الدستور في مواجهة التشريع الذي أسلم الدستور إليه أمر تنظيم ممارسة الحرية .

ففيما يتعلق بالحريات غير القابلة للتنظيم التشريعي (٥) :

لا تثار بشأنها صعوبة ولا تثير كذلك مشاكل متعلقة بالأنحراف التشريعي لأنه لا يتصور في شأنها تدخل المشرع وهي الحريات التي غالباً ما يقرها

الدستور بنصوصه التقريرية وينظمها على نحو نهائي قاطعاً في ثبوت هذه الحرية أو ذلك الحق على نحو نهائي . ومثالها ما نص عليه الدستور من حق المواطن المصري في التصسك بعدم جواز أبعاده عن البلاد طبقاً للمادة ٥١ من الدستور أو التصسك بمبدأ شخصية العقوبة طبقاً للمادة رقم ٦٦ من الدستور ، أو التمسك بعدم جواز المصادره العامة لأموال الشخص طبقاً لنص م ٣٦ من الدستور .

ويلاحظ أن هذه الطائفة من الحقوق والحريات لم يقترن النص الدستوري عليها بعبارة في حدود القانون أو وفقاً للقانون . فهذه الطائفة نظمها الدستور على نحو نهائي ، وبالتالي لا يجوز بشأنها التدخل التشريعي بأي وجه وإلا إعتبر التشريع مخالفاً مخالفة موضوعية صريحة لنصوص الدستور التي لم تفوض المشرع في تنظيم هذا المجال من الحقوق والحريات العامة ..

وبديهي في هذه الحالة ، أن الانتقاص من هذه الحريات لا يتصور لأن هذا المجال ينأى ، كما قلنا عن دائرة التنظيم التشريعي .

ويستند النأي بهذه الحقوق عن دائرة التنظيم التشريعي . في تصورنا ، الى اعتبار قدرة المشرع الدستوري ، مقتضاه أن هذا المجال من الحقوق الأساسية ، يشكل ركيزة أساسية للنظام القانوني للحريات العامة ونطاقاً من المبادئ الأساسية التي لا يتصور انتهاكها ولا يجب أن تترك دون أن يفصل فيها الدستور بصورة نهائية .

فتحصين أى عمل في مواجهة القضاء ورقابته على أعمال الإدارة طبقاً لنص مادة ٦٨/٢ ، وكذلك ، المصادرة العامة لأموال الناس وتسليم اللاجئين السياسيين (م ٥٣) وعزل القضاة (م ١٦٥ ، م ١٦٨) وغيرها من الأعمال التي تنتهك المبادئ الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني للحريات العامة في مصر . ومن ثم يجب أن يقررها الدستور بصفة نهائية وصريحة منذ البداية ، ولا يترك هذه الضمانات دون تنظيم نهائي نهياً للسلطة التقديرية للمشروع ، فإذا شاء نظمها وإذا شاء أحجم عن تنظيمها وهكذا ، لا يدع الدستور مجالاً للمشرع للتدخل في هذا النطاق من الحقوق والحريات العامة . فالدستور أوصد الباب في وجه

التشريع لتناول ذات المادة التي يكون الأول قطع فيها بحكم معين لذا يسوغ القول في هذا المجال ، بأن إختصاص المشروع مقيد تماماً ، ولا يملك أية سلطة تقديرية حيال نص دستوري مانع لأمر معين ، في تقييد هذا المنع طالما كان المنع عاماً والنص عاماً . وتبعاً لا يجوز للمشروع مثلاً أن ينظم في تشريع خاص أحوال المصادرة العامة للأموال ، ولا يجوز له كذلك أن يبيحها بقيود . لأن حظر م ٣٦ جاء عاماً مطلقاً ، لا يجوز للمشروع انتهاكه .

كذلك الشأن لا يجوز للمشروع أن يصدر قانوناً ينظم فيه أحوال عزل القضاة أو الحالات التي يجوز فيها تحصين عمل من الأعمال في مواجهة رقابة القضاء ، باعتبار أن هذه الحالات محظورة حظراً مطلقاً طبقاً للنصوص الدستورية المانعة من التدخل التشريعي .

أما فيما يتعلق بالحريات القابلة للتنظيم التشريعي (٦) : -

فهذه الحريات قد أحال الدستور الى التشريع لينظمها ، وهي على عكس الطائفة الأولى من الحقوق والحريات العامة ، فهذه الطائفة يجوز للمشروع القيام بتنظيمها

شريطة ألا يؤدي التدخل التشريعي الى أمر من الأمور الآتية : -

(أ) الانتقاص من الحق أو الحرية
(ب) إهدار الحق أو الحرية إهداراً تاماً بمصادرة الحق أو الحرية
(ج) فرض قيود عليها على نحو يجعل استخدام الحق أو الحرية شاقاً على الأفراد .

ومثال هذا النوع من الحقوق والحريات يشكل غالبية الحقوق المنصوص عليها في الدستور ، كحرمة المسكن وحرية الرأي وحرمة الحياة الخاصة وسرية المراسلات وحرية العقيدة والتعبير عن الرأي وحرية الصحافة وحق الاجتماع . العام وتكوين الجمعيات وأنشاء النقابات والانتخاب والترشيح وغيرها من الحقوق والحريات التي قرن الدستور إقرارها بعبارة " في حدود القانون " أو طبقاً للقانون " ومعنى ذلك أن المتمتع بهذه الحقوق والحريات يجب أن يكون في الحدود التي يرسمها التشريع المنظم لكيفية ممارسة الحق أو الحرية . فتتنظيم ممارسة الحق أو الحرية على مستوى المجتمع أحال بشأنه الدستور الى القانون أى الى السلطة التشريعية التي تتمتع بالتدخل في هذا المجال ، بسلطة

تقديرية إستناداً الى عبارة في حدود القانون أو فقا للنصوص التي أوردها الدستور بالنسبة لهذه الطائفة من الحقوق (٧) .

وحق المشرع في التدخل بناء على تلك السلطة التقديرية ينحصر في تنظيم ممارسة هذه الحريات ، ويقف عند التنظيم الذي يسمح باستعمال كل فرد للحرية على نحو لا يتعارض مع استخدام الآخرين . أما إذا تدخل المشرع تحت ستار التنظيم وصادر الحرية تماماً ، فإنه بذلك يعد قد انتهك الدستور (٨)

ونرى أنه ينتهك الدستور اذا ما تدخل تحت ستار التنظيم فحرم فئة من الفئات الاجتماعية من إحدى الحريات أو اذا إنتقص من الحرية في مواجهة مجموع المواطنين أو إذا افرض قيوداً على ممارسة الحرية تجعل استخدامها شاقاً على الناس

فالسلطة التقديرية للمشرع إذن ليست مطلقة ولا تعنى اطلاق يد المشرع عند قيامه بمهمة تنظيم ممارسة الحرية ، وإنما يقوم المشرع بمهمته التي تحدها قيود ثلاثة : -

١- أول هذه القيود هو عدم مصادرة الحق أو الحرية : فالدستور حتى ولو أجاز للمشرع تنظيم هذه

الطائفة من الحقوق ، الا أنه أيضاً أقرها من حيث المبدأ ، ولا مفر عند التدخل لتنظيمها أن يؤكد التشريع هذا الأقرار الدستوري ، ومن ثم لا يستطيع نفيه أو مصادره .

٢- وثاني هذه القيود هو عدم جواز الانتقاص من الحق أو الحرية ويستمد هذا القيد من المفهوم الديمقراطي للحرية ، فطالما سمح الدستور بحرية ما فلا يجوز التمتع بها منقوصة ولا بد من التمتع بها كاملة ويقتضى بحرية كمال التمتع بالحرية أمرين : -

أولاً : مساواة جميع المواطنين في التمتع بها طبقاً للمادة ٤٠ من الدستور التي تجعل من جميع المواطنين سواء في التمتع بالحقوق والتحمل بالواجبات العامة . ومن ثم لا يجوز حرمان طائفة من ممارسة الحرية وتمتع طائفة أخرى بممارستها كما لا يجوز اعطاء فئة من الفئات حق معين وحجبه عن فئة أخرى . فطالما تساوت المراكز الموضوعية لأشخاص ، تساوا في الحقوق والواجبات .

لذا فالتدخل التشريعي بتنظيم استخدام حرية من الحريات يجب أن يراعى هذا الاعتبار ، ويجب أن

يسمح بتمكين المواطنين على قدم المساواة من ممارسة الحق أو الحرية موضوع التنظيم .

ثانياً : يقتضى تمام التمتع بالحرية أو الحق ألا ينتقص التشريع من مضمون الحرية ذاتها ، كأن ينص مثلاً على حظر التعبير عن الرأي في الصحف ووسائل النشر أو أن ينص التشريع على عدم التمتع ببعض وجوه الحرية أو الحق أو بعض جوانبهما .

وهي أمثلة ذلك : أن ينص التشريع على حالات يحدث فيها مساس بالحرية الشخصية في غير الأحوال المقررة دستورياً . أو أن ينص على حالات معينة لاستخدام الحرية ، وحالات أخرى لا تستخدم فيها دون سند دستوري .

٣- وثالث هذه القيود هي عدم جواز فرض قيود على الحرية تجعل استخدامها شاقاً مرهقاً على الأفراد فتتنظيم الحرية يجب أن يدور في حدود مقاصد الدستور وغاياته . والغاية من التشريع الذي يفرض قيوداً غير مبررة دستورياً ، على الحرية ، تصبح خارجة تماماً عن نطاق غاية الدستور ومقاصده . وعلى ذلك ، فالمشرع يجب أن يراعى مقاصد الدستور ويتوخى

فى تشريعه ذات الغايات التى ينشدها المشرع الدستورى ، مع الأخذ فى الاعتبار الطابع التنظيمى للتشريع ودوره فى الحفاظ على النظام العام والأمن العام فى المجتمع .

ومن أمثلة هذه الطائفة من الحقوق والحريات العامة التى أجاز الدستور للمشرع التدخل بتنظيمها ما نص عليه المشرع الدستورى فى م ٤١ من جعل التمتع بحرمة الحياة الخاصة مكفولاً فى الحدود التى يضعها القانون وكذلك نص م ٤٤ المتعلق بحرمة المسكن وعدم جواز تفتيشه ولا دخوله إلا فى الأحوال التى يبينها القانون . وهى عادة أحوال يجب أن تتصل بحماية الأمن العام للمجتمع ودرء خطر الجريمة عنه .

وكذلك الحال فى حرية الرأى والتعبير وحق الاجتماع ، فكلها حقوق أعطى للقانون أن يرسم حدود التمتع بها وممارستها بالصورة التى يكفل قيامها وأستمرارها وتمتع جميع المواطنين بها على حد سواء

الفرق بين الطائفتين من الحقوق والحريات :-

يتمثل الفرق بين الطائفتين من

الحريات فى أن النوع الأول الذى لا يقبل التنظيم أو التدخل التشريعى ، حرص الدستور على أن ينظمه بصفة نهائية فلم يقتصر النص عليه بتعبير " فى حدود القانون " أو " وفقاً للقانون " . ومن ثم إستحال التدخل التشريعى للمساس بهذه النصوص . لأن الدستور لم يفوض البرلمان فى تنظيم موضوع هذه الحرية .

أما النوع الثانى : فقد تضمن تقرير بعض الحريات مع ذكره تعبیر " فى حدود القانون " أو " وفقاً للقانون " ، وبالتالى فوض الدستور البرلمان فى وضع القوانين التى تكفل ممارسة هذه الحرية وتنظيمها .

ويشير هذا النوع الأخير المشكلة التى ينشغل بها هذا البحث لأن السلطة التقديرية التى منحها الدستور للمشرع العادى فى تنظيم كيفية ممارسة الحقوق والحريات العامة ، قد يساء إستخدامها وقد تتجاوز القيود البديهية المفروضة عليها والتى سبقت الإشارة لها منذ قليل .

والفارق دقيق جداً بين تشريع يراعى هذه القيود فيعتبر منظماً لاستخدام وممارسة الحريات ، وبين

تشريع آخر يغفلها أو يهدرها ، فيخرج عن حدود السلطة التقديرية للمشرع ومن ثم يعاب بالانحراف فى استخدام السلطة التشريعية .

وبعبارة أخرى ، يجب أن نفرق بين تنظيم ممارسة الحرية عن طريق التشريع الكافل لها والقائم بوضع ترتيبات وإجراءات تنظيم كيفية ممارستها ، وبين تشريع آخر يضع قيوداً تحد من ممارسة الأفراد للحريات الأساسية المقررة لهم دستورياً أو تنتقص من حقوقهم جزئياً أو تهدرها إهداراً كلياً .

غير أنه قبل أن نتطرق لهذه التفرقة التى نخصص لها السطور التالية من هذا البحث ، يتعين أن نعرض لبعض النماذج التشريعية من القوانين الماسة بالحريات ، ومن خلالها نتبين لنا أمثلة لتشريعات قيدت ممارسة الحرية أو أهدرتها أو انتقصت منها بصورة ملحوظة . وذلك حتى نستطيع أن نقف على الدور الحقيقى للتشريع المنظم للحرية وكيف أمكن للمشرع المصرى الخروج على هذا الدور .

كذلك ، فإن دراسة النظام القانونى للحريات العامة فى النظام الدستورى المصرى لا تقتصر على

دراسة النصوص الدستورية المقررة في الدستور وحسب ، وأما تمتد إلى دراسة التنظيم التشريعي الذي قام به المشرع للحرية العامة في النظام الدستوري المصري .

وهكذا ، فإن دور المشرع العادي في وضعه لتلك التشريعات كان يثير تساؤلا هاما : هل كان التشريع الموضوع لتنظيم الحرية التي تناولها ،

مكملا ومنفذ لإدارة المشرع الدستوري ، أم أنه تجاوز هذه الإرادة وخالف القيود سالفة العرض متجاوزاً حـد التنظيم إلى الإنتقاص أو الإهدار أو التقيد ؟

وهذا السؤال نعنـى بالاجابة عليه خلال المبحث القادم لكن الاجابة على هذا السؤال لا تتيسر ما لم نحلل النصوص الدستورية المقررة للحرية تحليلا قانونيا يفصح عن مدى سلطة المشرع ازاها .

فالمستعرض للنصوص الدستورية المنظمة للحرية العامة يجدها تنبع من مبدأ أساسى ، يقوم عليه النظام القانونى للحرية والحقوق الفردية ، ألا وهو مبدأ المساواة بين المواطنين فى الحقوق والحرية والأعباء العامة م ٤٠ من

الدستور .

بينما المستعرض للنصوص التشريعية التى نظمت بعض الحقوق والحرية يجد أنها أخلت إخلالاً واضحاً وجسيماً بمبدأ المساواة بإقرار الدستور للمبدأ ، على الرغم من أنه ورد مطلقاً ولا يقبل التقييد إلا أنه لم يراع من قبل المشرع العادى فى بعض النصوص التشريعية التى حرم بموجبها البعض من مباشرة ذات الحقوق والمزايا التى تتمتع بها فئات إجتماعية أخرى ، على نحو ما يرد البيان فيما بعد .

القيود التشريعية الواردة على الحرية العامة فى النظام الدستوري المصري .

الأصل فى دول العالم المتحضر وفى الديمقراطيات الغربية ، أن الدساتير تحمى الحرية وتكفلها . ولكى يتحقق ذلك ، أعطت الدساتير للسلطة التشريعية المنتخبة من الشعب (المجلس النيابى) سلطة تنظيم الحرية العامة على النحو الذى يكفل تمتع الأفراد بحرياتهم .

وإمعانا فى الضمانات ، نص دستور فرنسا الصادر فى الرابع من أكتوبر سنة ١٩٥٨ (دستور

الجمهورية الخامسة) فى المادة الرابعة والثلاثين منه ، على قصر سلطة تنظيم الحرية العامة على البرلمان فقط . فلا يجوز التدخل فى مجال الحرية الا بقانون . فالحقوق والحرية العامة والضمانات الأساسية المقررة للمواطنين من الموضوعات التى تأتلف منها المجال المحتجز للتشريع فى النظام الدستوري الفرنسى .

ولا غرابة فى الأمر ، ذلك أنه إجلالا للتشريع فى الدول الديمقراطية ، إعتبر التعبير عن الإرادة العامة للأمة ، ومن ثم بدت مسألة إخضاعه لرقابة القاضى الدستوري متنافيه تماما مع التقليد الفرنسى القديم ، إذ لا يتصور أن يخضع إرادة الشعب لأية رقابة .

ويستمد القانون قد سيته ، ليس فقط من إعتبراه التعبير عن الإرادة العامة للأمة ، كما ذهب الفكر الفرنسى ، بل أيضا من أسلوب صياغته ، فالقاعدة القانونية قاعدة عامة مجردة ، يشترط لصدورها التصويت والموافقة عليها من جمعية نيابية منتخبة من الشعب وممثلة له تمثيلا صحيحا .

وكما يقرر بحق الاستاذ " روبر " أن ضمانه تنظيم الحرية بقانون ، من الضمانات الأساسية ، لأن صدور قانون عام مجرد ، لا يمكن أن يستهدف أشخاصاً معينين بذواتهم ، حتى لو انطوى على قيود مفروضة على الحريات ، كما أن صدور القانون من السلطة المنتجة يضمن تحقيق المساواة بين المواطنين في ممارستهم لحررياتهم (٩) .

أما في مصر ، فإن الضمانة التي يحققها التشريع في مجال الحريات العامة تبدو ومحل نظر الى حد كبير ، لأن القيود التي أوردتها المشرع المصري من خلال تشريعات عديدة متعاقبة قد قيدت جوانب عديدة من الحقوق والحريات الأساسية المقررة دستورياً ، على نحو أدى أحياناً الى إزهاق النص الدستوري الكافل للحرية ، وهو ما يعبر عن عدم وعي المشرع المصري بمفهوم التدخل التشريعي في مجال الحقوق والحريات العامة.

وبالإضافة الى ذلك ، فإن دراسة النصوص الدستورية فحسب لا تعطى صورة صادقة لما يتمتع به الأفراد من الحريات فعلاً في بلد

من البلاد .

ذلك أن الدساتير لا تنص على الحريات إلا في عبارات عامة دون بيان لكتفها وشروط مزاولتها ، وإنما يترك هذا كله للقوانين (١٠) لذا ، لزم أن نشير الى القوانين المتعلقة بتنظيم بعض الحريات العامة وهي :

١- القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ المتعلق بحق الاجتماع .

٢- القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ المتعلق بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب .

٣- القانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ الخاص بنظام الأحزاب السياسية وتعديلاته بالقانون ١٤٤ لسنة ١٩٨٠ .

٤- القانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٧٨ بشأن حماية الجبهة الداخلية
٥- القانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٨٠ بشأن حماية القيم من العيب .

محاولة التفرقة بين " تنظيم الحرية " و" تقييدها "

إذا كانت القاعدة المسلم بها في الدول الديمقراطية هي السماح للمشرع بتنظيم ممارسة الحقوق

والحريات العامة ، فإن هذه القاعدة تستند الى ما يحققه التشريع من ضمانات المناقشة والعلانية . فضلاً عما يتصف به التشريع من عمومية وتجريد . وعدم أنصرافه الى شخص بذاته أو حالات خاصة بعينها . هذا علاوة على أن التشريع يتمتع بمبدأ عدم جواز الرجعية الى الماضي .

وتتمثل الفلسفة التي تبرر اعطاء المشرع سلطة تنظيم مباشرة الحقوق والحريات العامة في الصفة التمثيلية للجهاز التشريعي . فالبرلمان ، بحسب الأصل ، يكون منتخباً من الشعب ويعبر عن إرادة أغلبية الشعب .

وبموجب هذه الفلسفة الديمقراطية أصبح من الجائز أن يتدخل التشريع في مجال الحقوق والحريات العامة ، بأعتباره أصلح الأجهزة القادرة على ذلك ، بحكم تمثيله ونيابته عن الشعب .

ومع ذلك ، وعلى الرغم من أن القانون في ظل تلك الفلسفة ، هو التعبير عن الإرادة العامة للأمة ، إلا أن قيام عيب الانحراف في استعمال السلطة التشريعية وإساءة تقدير المشرع عند استعمال تلك السلطات ، هو أمر وارد بطبيعة

الحال . وينشأ ذلك غالبا في دول العالم الثالث ، ومنها مصر ، حيث لا تعبر الأغلبية البرلمانية عن ارادة أغلبية الشعب بوجه عام ، فإذا بها تتغول على حقوق حيننا ، وتهدر حرياتنا حيننا آخر . وهو ما يعرف في النظم السياسية ، باستبداد البرلمان . ويقصد به أن الأغلبية البرلمانية لا تمثل بحق رأى الشعب ، ولا تعبر عن رغباته وتطلعاته . ومن ثم لا يصدر القانون متفقا مع إرادة الشعب ولا منسجما مع رغباته ولا صدى لحاجاته ، لأن ليس من المتصور أن تصدر الأغلبية الحقيقية للشعب تشريعات تصادر حقوقه وتنتهك حرياته .

لذا ، فمشكلة التشريع المقيد للحرية على خلاف مقتضى النص الدستوري الكافل لها ، هي مشكلة يجدر حلها بالنظر الى الحدود الواردة على سلطة الجهاز التشريعى عند قيامه بمهمته التشريعية في مجال الحقوق والحريات العامة ، وهو ما لا يتأتى الا بالنظر الى حدود ما فوضه الدستور في تنظيمه وغاية القاعدة الدستورية الكافلة للحق أو الحرية ، ومدى خروج المشرع على حدود تلك الغاية . وليس في نيتي وضع معيار موضوعي فاصل (١) بالمعنى

الدقيق لكلمة معيار) للفرقة بين تنظيم الحرية وتقييدها ، فهذا المعيار غير موجود . ولا توجد قاعدة معيارية فارقة تفصل بين التقييد والتنظيم عند تدخل المشرع في مجال الحقوق والحريات العامة .

أما ما تقوم به هو محاولة للفرقة وليس معيارا للفرقة . وهذه المحاولة تتخذ أساسا لها لحز المشكلة ، نص المادة الخامسة من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان والمواطن الصادر عام ١٧٨٩ التي نصت على أنه : " لا يجوز للقانون أن يمنع الا التصرفات الضارة بالمجتمع ، وكل ما ليس محظورا طبقا للقانون لا يجوز منعه ، وما لا يأمر به القانون لا يجوز جبر أحد على إتيانه (١١)"

ويستخلص بعض الفقه من هذه النصوص النتائج الآتية :-

أولا : أنه لا يتولد أى واجب قانونى على عاتق الفرد الا إذا نص التشريع على هذا الواجب .

ثانيا : إذا كان التشريع وحده هو الناطق بالقاعدة القانونية ، فان جميع سلطات الدولة عليها أن تحترم ما تحمله تلك القاعدة ولا تستطيع أن تجبر أحداً على

عمل لم ينص التشريع على القيام به (١٢) .

وبالإضافة الى هاتين النتيجةين هناك نتيجة أخرى نراها لا تقل أهمية عنهما وهى أن المشرع لا يتمتع بسلطة مطلقة في تنظيم الحقوق والحريات العامة ، لأنه لا يجوز له أن يمنع أو يقيد الا التصرفات الضارة بالمجتمع على نحو ما تنص المادة الخامسة من هذا الإعلان . وتبعاً فما لم يكن النشاط الانسانى ضاراً بالمجتمع ككل على نحو أو آخر ، فإن المشرع لا يملك حظره ، في ضوء المبادئ التى قررها هذا الاعلان العالمى كضمانة تحول دون إستبداد المشرع أو إنحرافه بالسلطة في مجال الحقوق والحريات العامة .

ومقتضى ذلك النص ، أن القيد الوارد على الحرية لا يتصور الا اذا كان المشرع قد حظر نشاطاً لا يشكل إضراراً بالمجتمع ، ففي هذه الحالة يعد قد إنتقص من الحرية لقيامه بمنع نشاط يمثل جانباً من جوانب ممارسة الحرية دون أن تشكل ممارسة هذا النشاط أى أضرار بالمجتمع . وهنا يتبدى التقييد الحقيقى للحرية .

أما تنظيم الحرية فهو يدور

دائما في إطار ما هو ضار بالمجتمع فيقوم المشرع بدرئه . لأن النشاط الذي يحظره المشرع يجب أن ينطوي على إضرار بالمجتمع وبالتالي تكون مهمته هي حظر كل نشاط يتمثل مع ممارسة أحداث شيء من هذا الضرر بالمجتمع . وهنا تبدو مهمته مهمة تنظيمية بحيث أنها لا تقتطع من وجوه ممارسة الحقوق والحريات الا ما هو ضار اجتماعية فحسب .

وهكذا يمكن القول بأنه في ضوء " فكرة الاضرار بالمجتمع " يمكن للمشرع أن يتدخل في مجال الحقوق والحريات العامة لتنظيمها ، ولكن سلطته التقديرية في هذا المجال تظل دائما محفوفة بالقدر الضار بالمجتمع من النشاط الانساني الذي يقوم بحظره .

وعلى سبيل المثال ، يمكن أن تكون حرية الانسان في التنقل ، حرية من الحريات التي يتدخل المشرع لتنظيمها ، ولكن حين يترتب على تلك الحرية هروب مجرم محكوم عليه بأحكام قضائية من أيدي العدالة ، أو حين يترتب على هذه الحرية ، الاطلاع على أسرار عليا للدولة لا يجوز الاطلاع عليها لمساسها بأمن الدولة الخارجي مثلا . هنا يصبح من واجب المشرع

أن يتدخل لمنع الاضرار الاجتماعية الذي يمكن أن تلحقه ممارسة الحرية في صورتها المطلقة بالمجتمع أسره وهنا لا يعتبر المشرع بحال قد قيد استخدام الحرية بل فقط نظم إستخدامها بالصورة التي تكفل أولا ممارستها وثانيا عدم الاضرار بالمجتمع .

وما يقال عن حرية التنقل يمكن أن يصدق بالنسبة لسائر الحريات كحرية التعبير وحرية ممارسة الشعائر الدينية وحرية الصحافة والنشر وغيرها من الحريات .

وهكذا يعتبر نص المادة الخامسة من الاعلان الفرنسي لحقوق الانسان والمواطن قد فصل ما بين سلطة المشرع في تنظيم الحريات وسلطته في تقييدها وذلك بنصه على عدم جواز التدخل التشريعي الا لمنع اضرار يلحق بالمجتمع .

وبعبارة أخرى ، يمكن القول بأن المشرع يعد دائراً في دائرة التنظيم طالما يتناول ممارسة الحرية بترتيبات واجراءات تكفل حسن ممارستها بحيث لا تتحول هذه الممارسة الى نشاط ضار بالمجتمع ، وهنا تتوقف مهمة التنظيم . أما اذا كان المشرع يحظر قدراً من النشاط الذي لا يشكل إضراراً بسلامة المجتمع ،

فأنه بذلك ينتقص من الحرية ويضيق من التمتع بها . كأن يفرض قيوداً تصدر جزءاً من نشاط مباح لا ينتج ضرراً اجتماعياً أو يحرم فئة من الفئات من ممارسة حقوقها ، ففي مثل هذه الأحوال يعتبر المشرع إنتقص من الحرية وأنحرف في استخدام سلطاته التشريعية تحت ستار التنظيم .

ولعل الأمثلة التي عرضنا اليها في السطور السابقة تؤكد وجود حالات كان النشاط المحظور فيها لا يشكل ضرراً اجتماعياً ومع ذلك قرره المشرع مما يدل على أنه تجاوز دائرة التنظيم الى التقييد مستخدماً في ذلك سلطته التقديرية وهو ما يمكن وصفه بالانحراف في استعمال السلطة التشريعية .

ولكن ثورمشكلة في هذا الصدد ، ما هو معيار الاضرار بالمجتمع ؟ فالمشرع يملك الادعاء دائماً بأنه صاحب الحق في تحديد ماهية النشاط الضار اجتماعياً مما يرد الامر في النهاية ايضاً الى مطلق سلطته التقديرية في هذا الشأن .

الواقع أن المشرع مقيد بمفهوم

ديمقراطى للحرية لا يستطيع التجاوز عنه أو تجاهله وأذا فعل لحقته رقابة القاضى الدستورى بإلغاء التشريع المخالف لهذا المفهوم إن الحرية توجد ويكفلها التشريع طالما لا تحدث ضررا بالمجتمع فاذا تدخل المشرع واقتطع من الحرية جانباً من جوانبها أو حظر ممارسة وجه من الوجوه اللازمة للتمتع بها ، يكون قد حظر نشاطاً إنسانياً جوهرياً لممارسة الانسان لحرية . وهنا لا يستطيع أحد أن يدعى أنه لم يزل صاحب الحق فى القول بأن هذا النشاط الانسانى ضار إجتماعياً . لأنه بذلك يكون قد خالف الدستور الذى إقر الحرية - بمفهومها الديمقراطى .

كذلك ، فانه من السهل معرفة مضمون فكرة الاضرار بالمجتمع ، اذا نظرنا الى وجوه الإضرار التى يراقبها القاضى الدستورى للتأكد من كوب التشريع المطعون فيه مفيد للحرية .

فالإضرار بالمجتمع يتحقق فى كل نشاط يشكل زوالاً أو انتقاصاً فى قيمة من القيم الاساسية التى يرتكز عليها المجتمع فى كيانه وبقائه . والإضرار كذلك يتمثل فى

كل اهدار أو انتقاص للدعائم التى تستند اليها أسس المجتمع للتمتع بحياة كريمة معقولة .

ولا بد أن يعطى القاضى الدستورى فى هذا المجال سلطة استنباط القيد الوارد على الحرية من خلال ما يحققه التشريع من خروج على " قاعدة الاضرار الاجتماعى " ، وذلك فى كل حالة تصرح أمامه . فقاضى القانون العام قد تركت له سلطة تفسير واستخلاص وتحديد مضمون العديد من أفكار القانون العام كفكرة الاستعجال والمنفعة العامة والنظام العام ، وفكرة الضرورة وغيرها من أفكار القانون العام . لذا لا مانع من أن نترك الحرية للقاضى لاستنباط ما يعتبر من قبل الاضرار بالمجتمع ، وما لا يعتبر كذلك .

القيمة القانونية لاعلان حقوق الانسان والى مواطن الصادر عام ١٧٨٩ :

يعتبر هذا الأعلان من أهم وأشهر أعلانات الحقوق التى صدرت فى فرنسا منذ الثورة الفرنسية ، حيث عمل فيه رجال الثورة على صياغة الفلسفة السياسية والمبادئ الأساسية

لثورة بعد إنهيار الملكية المطلقة . وعلى الرغم من انقسام آراء الفقهاء فى فرنسا حول القيمة القانونية لأعلانات الحقوق ، بصفة عامة بين اتجاهين أحدهما ينكر كل قيمة قانونية لها ، وآخر يعترف لها بقيمة قانونية ملزمة ، نقول على الرغم من انقسام الرأى الفقهى فى هذا الشأن فإن إعلان الحقوق الصادر عام ١٧٨٩ بالذات قد حظى بتقدير خاص وإعتراف متميز لما له من قيمة تفوق قيمة سائر الاعلانات الأخرى الصادرة بعده ، حتى لدى الفريق المنكر للقيمة القانونية لتلك الاعلانات (١٣) .

ومعنى ذلك أن من الفقه من ذهب الى أن اعلانات الحقوق بصفة عامة ، هى مجرد مبادئ فلسفية وأخلاقية ليس لها قيمة قانونية .

بينما ذهب اتجاه آخر الى اعطائها قوة قانونية تتفاوت ، بحسب الآراء ، بين قوة أعلى من قوة الدستور وقوة مساوية لقوة النصوص الدستورية، وقوة مساوية لقوة التشريع العادى .

ومن الطبيعى أن يحظى الاعلان المذكور لدى الفريق الثانى بقوة قانونية . غير أنه أيضاً لدى

أنصار الرأي المنكر للقيمة القانونية لتلك الاعلانات يحوز قيمة متميزة تجعله يتفوق على غيره من اعلانات الحقوق .

ولقد عبر الفقيه اسمان عن هذه الحقيقة مؤكداً أن ليس للإعلانات اللاحقة على إعلان الحقوق الصادر عام ١٧٨٩ أية قيمة قانونية فهي مجرد مبادئ عامة قتل تكراراً لما وضعه الإعلان الأول من مبادئ إستقرت في القانون العام الفرنسي وفي الضمير العام للشعب الفرنسي (١٤) " فمبادئ ومواد هذا الإعلان نفذت الى العقول وأصبحت بمثابة بديهيات أو حقائق مسلم بها في الوجدان الفرنسي بل هي المقصودة كلما تكلمنا عن حقوق الانسان والمواطن . أنه الإعلان الأسمى لحقوق الانسان والمواطن .

أما اعلانات الحقوق التالية عليه ، فليس لها ذات القيمة التاريخية لأنها ليست في الحقيقة سوى تكراراً غير مقيد للأعلان الذي لا يمكن أن ينسى . كذلك - يضيف اسمان - أن اعلانات سنة ١٧٩٣ . دستور السنة الثامنة للشورى ، ولم يتركوا ذات الأثر في ذاكرة الوطن . بينما إعلان ١٧٨٩

يقتعد موضعه كأعلان دائماً يحظى باحترام دون أن يفقد شيئاً من قوته على الرغم من الثورات السياسية . وذلك لأنه مجرد إعلان مبادئ والمبادئ إذا كانت صحيحة ، مقبولة في الروح العامة ، قد تكون مجهولة لكنها لا يمكن أن تطمس قط بواسطة نصوص القوانين .

ومع ذلك ، فكما يبدو من رأي اسمان أن الإعلان المذكور لا يعدو أن يكون مجرد مبادئ غير ذات قيمة دستورية ملزمة .

وهو يفرق في الواقع بين هذه الاعلانات من ناحية ، وما أسماه بضمانات الحقوق - Les garanties des droits أخرى فهذه الضمانات هي التي لها قيمة قانونية ملزمة ، لأنها بمثابة قوانين وضعية وملزمة ، ويمكن تعريفها بأنها مواد دستورية تكفل للمواطن التمتع بحق من الحقوق الفردية وهذه الضمانات تعلق في الواقع لدى الكثيرين على القوانين العادية ، ويمكن بالتالي أن تقيد وتحد من سلطة المشرع فهي تحمي الحقوق الفردية في مواجهة المشرع ذاته (١٥) ويقدم اسمان مثالا لتلك الحقوق متمثلة في نص المادة الأولى من دستور ١٧٩١ الذي

يعبر بوضوح عن هذه الحقيقة ، وهو يجرى على النحو التالي : -

" لا يجوز للسلطة التشريعية أن تسن أي قانون من شأنه أن يتضمن مساساً أو يضع عقبة أمام ممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية تحت هذا العنوان (ضمانات الحقوق) والمكفولة دستورياً (١٦)

أما إعلانات الحقوق بوجه عام فلها طبيعة المبادئ العامة التي ليس لها قيمة دستورية تقيد المشرع العادي أو تحول بينه وبين إنتهاكها .

غير أن اسمان مع ذلك ، نراه قد ميز إعلان ١٧٨٩ عن غيره من اعلانات الحقوق من حيث ما يتمتع به هذا الإعلان من قوة أدبية وما يجب أن يحظى به من احترام من جانب جميع سلطات الدولة .

والواقع أن آراء الفقه تعددت حول القيمة القانونية لاعلانات الحقوق بما فيها إعلان ١٧٨٩ .

فالفقهاء الذين قرروا اعطاء هذه الاعلانات قوة قانونية ملزمة ، قد اختلفوا فيما بينهم حول القوة القانونية للنصوص المدونة بتلك الاعلانات .

فمن الفقرة من قرر أنها تتضمن مبادئ عليا تعبر عن الإرادة العليا للأمة وتمثل في المبادئ الأساسية الدستورية المستقرة في الضمير الانساني العالمي قد ارتضاها المجتمع (١٧)

بينما ذهب رأى ثانى الى أن القيمة القانونية لتلك الاعلانات تعتبر مساوية للقيمة القانونية لنصوص الدستور أى أنها تتمتع بقوة القواعد الدستورية من حيث مرتبتها . والاعلان الفرنسى الصادر سنة ١٧٨٩ له قوة النصوص الدستورية عند هؤلاء الفقهاء فهو يمثل الدستور الاجتماعى الذى يقوم عليه نظام الحكم فى الدولة ، وهو يختلف عن الدستور السياسى الذى يرسم وينظم اختصاصات السلطات المختلفة فيها ، الا أن نصوص الدستور الاجتماعى تتمتع بقيمة دستورية (١٨) .

كما ذهب رأى ثالث الى اعطاء اعلانات الحقوق قيمة التشريعات العادية باعتبارها تنص على بعض الحقوق . لكنها لا تبلغ مرتبة النصوص الدستورية عند أنصار هذا رأى .

والواقع أن من الفقه من يفرق -

بين نوعين من الأحكام تتضمنها اعلانات الحقوق . نوع يتمثل فى نصوص تضع مراكز قانونية واضحة الحدود والمعالم ، وهذه النصوص تكون ملزمة ويتعين عدم الخروج عليها لأنها تتضمن قواعد قانونية بالمعنى الدقيق . ومن أمثلة ذلك بعض نصوص اعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩ (١٩) .

وهناك نوع آخر من القواعد هو القواعد التوجيهية أو المنهجية التى تعلن فى شكل أهداف عامة أو توجيهات لها صفة العمومية توجه نظام الدولة بأسره . فهذه تفتقر للطابع القانونى المحدد وبالتالي لا تتمتع بقوة القواعد القانونية الملزمة ولا يعدو أن يكون لها سوى قوة الالتزام الأدبى فهى تتضمن مبادئ عامة كلية وليس قواعد ذات صفة قانونية ملزمة وفى تقديرنا ، أن الصفة القانونية الملزمة تتضح من خلال ما إنطوى عليه اعلان الحقوق الصادر سنة ١٧٨٩ بما تضمنه من مبادئ وقواعد قانونية محددة أو قابلة للتحديد القانونى .

وعلى الأقل ، فإن نص المادة الخامسة - التى أعتبرت أساسا لحل مشكلة حماية الحرية فى مواجهة التشريع ، تعتبر ذات قيمة

دستورية تتجده بالزامها للمشرع .

كذلك الأمر بالنسبة للمادة العاشرة التى تعلن حرية الرأى والعقيدة . وكذلك أيضا المادة السابعة عشر التى تنص على صيانة حق الملكية الفردية كحق مقدس لا يجوز معه نزاعها الا للمنفعة العامة وبشرط أن يكون ذلك مقابل تعويض عادل يدفع مقدماً .

وهكذا نرى أن الاعلان الذى استندنا اليه له قيمة دستورية ملزمة للمشرع . ومن النصوص الدستورية التى لها ذات القيمة من حيث تقييد سلطة المشرع فى تنظيم الحريات نص المادة الأولى من دستور ١٧٩١ على أنه لا يجوز للسلطة التشريعية أن تبس قانونا يضع عقبة أو ينطوى على مساس بممارسة الحقوق الطبيعية والمدنية المكفولة دستوريا وهذه خير ضمانة لحماية الحرية فى مواجهة التشريع ونعتبر فى مصر أحوج ما نكون الى ما يقابلها فى دستورنا بصورة صريحة فتراث القانون العام الفرنسى ، قد دخلته النصوص السابقة التى وقلت كسد منبع أمام استبداد المشرع . على عكس التجربة الدستورية المصرية حيث خسلا التاريخ الدستورى

المصرى من نصوص مشابهة تستقر فى ضمير ووجدان الأمة كنص المادة ٥ من اعلان حقوق الانسان الصادر ١٧٨٩. ولشد ما كان أحتياجنا الى مثل هذه النصوص التى تقيد سلطة المشرع وتحدها وتحظر عليه أن ينتهك أو يمس بالحقوق والحريات العامة كما يقرر بحق الفقيه أسمان (٢٠).

كيفية ممارسة القاضى الدستورى للرقابة على دستورية التشريعات الماسة بالحریات :

يباشر القاضى الدستورى مهمته فى فحص مدى دستورية التشريعات الماسة بالحریات أو المقيدة لها من خلال دوره المعتاد كقاضى يفحص دستورية القوانين غير أن طبيعة التدخل التشريعى فى مجال الحقوق والحريات العامة يفرض على القاضى أسلوباً متميزاً فى الرقابة ومدى أكبر يفحص من خلاله ما اذا كان التشريع ينطوى على قيود لم يوردها الدستور فى التمتع بالحرية ، أم أنه ينطوى على بعض الإجراءات التى تنظم وحسب كيفية استعمالها ، وهذا ما يدعو القاضى الدستورى الى التساؤل حول طبيعة القيد الوارد على الحرية وطبيعة الاجراء المنظم لممارستها .

وإذا كان القاضى الدستورى لا يراقب بواعث التشريع ودوافع الهيئـة التشريعية فى إصداره (٢١) ، الا اننا نذهب الى ما ذهب اليه فريق من الفقه من عدم جواز ترك الأغراض غير المشروعة للتشريع دون فحص من جانب القاضى الدستورى . " لأن بواعث التشريع وغاياته تنطبع عليه فيغدو التشريع بعد استجلاء هذه الغايات مخالفاً للدستور . فمن غير المتصور أن تبطل التزاماً أو عقداً غرض غير مشروع وفى الوقت نفسه نسمح بصدور قانون يحقق أغراضاً ينهى عنها الدستور . ومن هنا وجب أن نفحص غاية مصدر القانون أو غاية المشرع ، فالبحث عن غاية المشرع هو واجب تلمبه طبيعة عمل القاضى الدستورى من ناحية والحفاظ على الدستور من الانتهاك المستتر من ناحية أخرى (٢٢) . "

فقد يظهر الكشف عن غاية التشريع الحقيقية خروج المشرع عن مقاصد الدستور وأهدافه فى حماية حرية من الحريات وذلك بإتيان قيود لم يتناولها الدستور ولم يوردها . كما قد تكشف الرقابة على غاية التشريع عن خروج المشرع على حدود سلطته

التقديرية بحيث يدخل بذلك فى إطار الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية بأعتبار أن الانحراف التشريعى هو المحظور الوحيد الوارد على سلطة المشرع التقديرية (٢٣) .

وبلاحظ فى هذا المقام أن القاضى الدستورى يبحث أمراً من الأمور الآتية ليقضى فى النهاية بعدم دستورية التشريع المقيد للحرية :-

(١) وجود مخالفة موضوعية لنصوص الدستور أو القيود التى أوردها وذلك بالاستزادة عليها أو بمخالفتها . وهنا لا شك أن مهمة القاضى تبدو يسيرة نسبياً إذ يكفى لاقامها المقارنة بين النص التشريعى والنص الدستورى الصريح ، والشروط التى أوردها حتى يستبين القاضى مواضع مخالفة هذه الشروط فى النص التشريعى محل الطعن .

(٢) وجود ما يعرف بالانحراف التشريعى أو إساءة استخدام السلطة التقديرية للمشرع وهنا يبدو لزاماً على القاضى أن يبحث فى النية المضمرة للمشرع ، وهو بحث يقصد من خلاله معرفة الغرض الحقيقى من وراء إصدار

مثل هذا التشريع وغاياته . كذلك فهو بحث يتجه صوب القرائن والأدلة التي تشف في نظره عن نية الانحراف في استعمال السلطة التقديرية وهو ما تفصح عنه المناقشات البرلمانية . السابقة على صدور القانون (٢٤) .

والواقع أنه يجب أن نؤكد ، بادئ ، ذى بدء ، أننا في هذا المقام لسنا بصدد وضع معيار حاسم للفرقة ، يفصل بين التنظيم المباح للحرية وغيره من صور التدخل التشريعي غير الدستوري (كالمصادرة أو الانتقاص) ، وإنما نقوم بوضع بعض العناصر أمام القاضى ليستهدى بها للوصول الى تفرقة واضحة بين التنظيم المباح للحرية والانتقاص المحظور منها .

أما وضع معيار حاسم في هذا الصدد ، فالفقه قد أجمع على صعوبة وضع معيار موضوعى حاسم ، وإنما من الممكن مع ذلك التوصل الى تفرقة في كل حالة على حدة من خلال فحص أثر تدخل المشرع على ممارسة الحرية أو الحق .

فهذا الأثر قد يقطع القاضى الدستوري بكونه إجراء منظماً للحرية ، وهنا لا صعوبة في الأمر

وقد يقطع بأنه قد يرد على استعمال الحق وينتقص من الحرية . وفي هذه الحالة على القاضى أن يقضى بعدم دستورية التشريع .

فقاضى القانون العام يقوم باستنباط هذا الاثر بحكم قوامته على تفسير القانون وهذا هو دوره الذى لنجح فيه فى العديد من الأفكار التى يزخر بها القانون العام كفكرة الاستعجال وفكرة الضرورة وفكرة المنفعة العامة وفكرة الظروف الاستثنائية وفكرة السلطة التقديرية ، وغيرها من الأفكار التى يستجلى قاضى القانون العام كنهها ، وشأنها فى ذلك شأن فكرة القيد الوارد على الحرية أو فكرة الانتقاص من الحرية .

أما وضع قاعدة معيارية فى هذا الصدد فهو أمر يصعب تصوره لأن صور التدخل التشريعي غير الدستوري متعددة فتارة يتمثل فى إنتقاص من جوهر الحق أو الحرية وتارة يجعل إستخدامها شاقاً مرهقاً ومتوقفاً على إرادة السلطة الادارية ، وتارة أخرى يفرض قيوداً تحول دون التمتع بها وتارة أخيرة يصادر الحرية بحرمان بعض الفئات منها .

ولا يمكن أن توضع قاعدة

معيارية تجمع بين مختلفه هذه الصور المختلفة هذا بالإضافة الى أن فكرة الانحراف فى استعمال السلطة التشريعية هى فكرة ذات طابع شخصى وليس موضوعى مما لا يسمح بوضع معيار فى هذا الصدد . لذا كان لابد أن يهتدى القاضى بحاسته وبحكم وظيفته الى أستخلاص القيد الوارد على الحرية من ثنايا ما يفرضه التشريع المطعون فيه من اجراءات وقيود وهو ما يتحقق من خلال فحص القاضى الدستورى وتمحيصه لأثر القواعد التى يضعها هذا التشريع على ممارسة الحرية أو الحق .

وبفحص هذا الأثر يمكن أن نصل الى تفرقة واضحة بين التنظيم المباح للحرية والانتقاص المحظور لها .

فالعنصر الأول الذى نوليه أهمية حماية الحرية فى مواجهة التشريع يتمثل فى فحص أثر القاعدة التشريعية على ممارسة الحرية . وهل تؤدي الى الحد من ممارستها ؟

ولكن هذا ليس هو العنصر الوحيد الذى يستهدف به القاضى فى هذا المجال ، ذلك أنه يجب أن يفحص ايضا عنصرا آخر يتمثل

في غاية التشريع . لأن من خلال فحص القضاء الدستوري لغاية التشريع ومطابقتها بغاية القواعد الدستورية المقررة للحق أو الحرية يستطيع معرفة طبيعة التدخل التشريعي ، وما إذا كان تدخلا دستوريا أم غير دستوري . وهل الأمر يتعلق بقيد ينتقص من ممارسة الحق أو الحرية أم بإجراء ينظم فقط هذه الممارسة ؟

وفي تقديرنا أن رقابة القاضي على الانحراف التشريعي في مجال الحقوق والحريات العامة بفحص القاضي لصورة من صور المساس بالحقوق والحريات العامة القابلة للتنظيم التشريعي . أو بعبارة أخرى بمراقبة التشريع الصادر لتنظيم الحق أو الحرية .

والقاضي في مراقبته لهذا التشريع إنما عليه أن يتحقق من أن التشريع لم يشكل إحدى صور المساس بالحق أو الحرية موضوع التنظيم .

ومؤدى ذلك أولا : أن عليه أن يتحقق من أن التشريع لم يصادر الحق أو الحرية موضوع التنظيم كليا أو جزئيا . ويتحقق المصادرة الكلية بحرمان مجموع أفراد الشعب من التمتع بمزاولة حق أو

حرية قررها الدستور لهم طالما تساوت مراكزهم القانونية .

وتتحقق المصادرة الجزئية للحق أو الحرية موضوع التنظيم بحرمان فئة من الفئات أو طائفة من الطوائف من التمتع على قدم المساواة مع الآخرين بحق من الحقوق أو بحرية من الحريات المقررة للكافة طبقا للدستور . ويلاحظ أن القاضي يراقب في هذه الحالة ما إذا كان التشريع قد أهدر الحرية أم لا .

ومؤدى ذلك ثانيا : أن على القاض أن يتحقق من أن التشريع بما أنطوى عليه من إجراءات ماسة بالحقوق والحريات العامة لم ينتقص من الحق أو الحرية موضوع التنظيم ويتحقق هذا الانتقاص من خلال حظر نشاط من الأنشطة اللازمة للتمتع بالحرية كاملة غير منقوصة . أو بمنع نشاط يشكل وجهاً من وجوه التمتع بالحرية أو الحق ، على أن يكون هذا الحظر أو المنع لنشاط أو لسلوك لا يشكل إضرارا بالمجتمع . فإذا كان الحظر التشريعي منصبا على نشاط يشكل ضارا بالمجتمع ، فإن المشرع يعتبر لازال دائرا في دائرة تنظيم الحرية ولم يتجاوزها الى دائرة

تقييد الحرية أو الانتقاص منها ومؤدى رقابة القاضي

ثالثا : أن عليه أن يتحقق من أن التشريع لم يفرض قيوداً على الحقوق والحريات العامة . ويتحقق صورة القيد " بالمعنى الدقيق " *stricto sensu* إذا ما جعل التشريع استعمال الحق أو الحرية شاقاً مرهقاً على الناس ، وذلك بسبب ما وضعه المشرع من إجراءات وترتيبات تعوق هذا الاستعمال أو قيود تجعل أمر التمتع بالحق أو الحرية فيه الكثير من الارهاق والمشقة على المواطنين العاديين الذين كفل لهم الدستور حق التمتع بحرياتهم المقررة به .

ففي الصور الثلاث السابقة ، تتحقق صورة من صور المساس بالحق أو الحرية من خلال تدخل تشريعي غير دستوري .

وعلى القاضي أن يقضى بعدم دستورية التشريع (المنظم) للحرية حتى ولو كان الدستور أجاز للمشرع أن ينظم الحرية ، طالما لم يحترم المشرع القيود الثلاثة التي تحد إرادته التشريعية فخرج من دائرة التنظيم المسموح بولوجها له متجاوزا إياها الى دائرة محظور عليه ارتيادها الا وهي

دائرة أو الانتقاص أو التقييد في مجال الحرية .

والواقع . وكما قضت بحق المحكمة الدستورية العليا في أحكامها المتواترة أن السلطة التقديرية للمشرع في مجال تنظيم الحقوق والحريات العامة التي خوله الدستور سلطة تنظيمها هي سلطة مرهونه بتحقيق المفهوم الديمقراطي للحق أو الحرية ، موضوع هذا التنظيم .

وكلما تجاهل المشروع هذا المفهوم الديمقراطي عند تنظيمه لاحدى الحريات ، وقع تنظيمه مشوباً بغييب عدم الدستورية وهو ما دعى القضاء الدستورى المصرى الى الحكم بعدم دستورية تشريعات نظمت بعض الحريات بموجب السلطة التقديرية للمشرع الذى إنحرف فى استخدام سلطاته التشريعية عن طريق تنظيم تشريعى للحرية يتنافى مع المفهوم الديمقراطى للحريات العامة .

وهكذا يمكن القول فى النهاية أن القاضى يستهدى فى الواقع ببعض العناصر للقطع بعدم دستورية تشريع معين يقيد من حرية من الحريات أو ينتقص منها .

والسؤال الأول الذى يجب أن

يطرحه القاضى ، هو : هل يترتب على القانون المطعون فيه " والمنظم للحرية " كفالة الحرية فى حدودها الدستورية المقررة ؟ .

فإذا إنتهى الى الاجابة بالإيجاب (٢٥) ، ابتدأ يطرح السؤال التالى :

هل التنظيم الذى وضعه المشرع للحرية يرد على جوهر الحرية ذاتها أم على أسلوب ممارستها ؟ وهو ما يضطره فى الواقع للتمييز بين القيد والاجراء التنظيمى . ذلك أن القيد يرد بطبيعته على جوهر الحق أو الحرية بينما يرد الاجراء التنظيمى على أسلوب ممارسة هذا الحق بالصورة التى تكفل هدفين أساسيين :-

الهدف الاول : تمتع جميع الأفراد فى المجتمع مادام يتساوون فى المركز القانونى بذات الحق أو الحرية

الهدف الثانى : منع الإضرار بالمجتمع نتيجة الشطط فى استخدام الحق أو الحرية .

وعلى ذلك يتعين على القاضى أن يتأكد من أن التشريع الذى يكفل الحرية يحقق هذين الهدفين مجتمعين ، هذا من ناحية .

ومن ناحية أخرى فإن أثر القيد الوارد على الحرية ينصرف أحياناً الى دائرة المتمتعين بالحرية فيحول بينهم وبين هذا الاستمتاع . كما ينصرف القيد فى أحيان أخرى الى جعل استخدام الحق شاقاً مرهقاً على الأفراد ، كما قد يجعل من ممارسة الحرية متوقفة على إرادة السلطة الادارية .

بينما يقتصر أثر الاجراء التنظيمى على وضع الترتيبات والتنظيمات الكافلة لاستخدام الحق أو الحرية بالنسبة لكافة الأفراد دون تمييز ودون مساس بأصل الحق ذاته .

وفى هذا الصدد تجب مطابقة غاية التشريع على مقاصد المشرع الدستورى فالقيد يخرج تماماً عن إطار غاية الدستور أو غاية النص الدستورى المقرر للحرية ، بينما يدخل الاجراء التنظيمى فى إطار هذه الغاية ، فالغاية من الاجراء يجب أن تقاس على الغاية من النص الدستورى لمعرفة طبيعته وبدون الاستهداء بهذا المعيار الغائى يتعذر التمييز بين القيد والأجراء المنظم لممارسة الحرية .

وهو ما سبق أن أكده البعض ، إذ يجدر النظر الى مقاصد

الدستور ومدى توخى المشرع لها .
فاذا وجدنا إنحرافاً عنها يجب
البحث فى نية مصدر التشريع
ذاتها لمعرفة ما اذا كان الأمر يتعلق
بانحراف فى إستخدام السلطة
التشريعية أم مخالفة موضوعية
للدستور ، حيث " يعبر الانحراف
عن نية مصدر التشريع ، لذا
لا تخلو فكرة الانحراف من جانب
شخصى (٢٦) .

والخلاصة ، إن الإستعانة بهذا
العنصر الغائى هى التى تكشف
عن نية المشرع ، ذلك بمطابقتها
على نية الشارع الدستورى
ومقاصد الدستور فاذا تطابقت
أهداف التشريع وغاياته مع أهداف
النص الدستورى المنظم للحرية كان
التشريع منظماً للحرية فحسب .
ذلك أن تطابق الغاية يعكس من
ناحية أخرى أن الاجراءات التى
إنطوى التشريع عليها إقتصرت
على تحقيق الهدفين السابقين
فحسب دون أن تنبسط لحظر
نشاط إنسانى مشروع لا يشكل
أضراراً بالمجتمع .

أما اذا تنكب المشرع هدف
النص الدستورى فإن مطابقة
غاية تشريعه على غاية النص
الدستورى فسوف تسفر حتماً عن
قيد تشريعى إستنه المشرع وضمنه

التشريع الماس بالحرية مما ينتقص
من الحرية . لأنه بالتأكد قد حظر
أوجه للنشاط الانسانى لا تشكل
ضرراً بالمجتمع (مناط الحظر فى
التشريعات الماسة بالحرية) . وكما
سبق أن أوضحنا أن فكرة الإضرار
بالمجتمع فكرة يستحيل تحديد
مضمونها بصورة قاطعة شأنها شأن
فكرة النظام العام والآداب العامة
والمصلحة العامة ، ولكن يترك
للقاضى أن يراقب ذلك فى ضوء
النظام العام المقرر فى المجتمع فى
لحظة زمنية معينة .

وفى هذا الصدد قضت المحكمة
الدستورية العليا : " أن المحكمة
لا تتقيد - وهى بصدد أعمال
رقابتها على دستوية التشريعات -
بالوصف الذى يخلعه المشرع على
القواعد التى يسنها متى كانت
بطبيعتها تتنافى مع هذا الوصف ،
وتنطوى على إهدار حق من
الحقوق التى كفلها الدستور . وإذا
كانت المحكمة قد إنتهت الى أن
النص التشريعى المطعون عليه
لا يقوم على تعديل التعويض
المستحق عن التأميم ، وإنما
يستهدف مصادرة ملكية السندات
المستحقة لأصحاب المشروعات ...
فانه يكون قد تعرض للملكية
الخاصة التى صانها الدستور ووضع

لحمايتها ضوابط وقواعد محددة .
الأمر الذى يحتم إخضاعه لما تتولاه
هذه المحكمة من رقابة
دستورية (٢٧) .

ومتتضى هذه القضاء ، أن
القاضى لا يتقيد بما يخلعه المشرع
ذاته على التشريع من أوصاف .
فاذا إعتبر المشرع أن ما إنطوى
عليه تشريعه مجرد تنظيم لحق من
الحقوق أو حرية من الحريات ، فإن
هذا الوصف لا يقيد المحكمة
الدستورية ولا يغفل يد القاضى عن
سبر غور هذا التشريع لمعرفة حقيقة
ما أنطوى عليه ، بالنفاذ الى
حقيقته ومقتضاه وما يحتمل أن
يكون قد أورده من قيود أو ما
أدى اليه من مساس بالحرية
موضوع التنظيم . فاذا وجد
القاضى قيوداً لم يقره الدستور
أعلن دستورية التشريع ، حتى
ولو إدعى المشرع خلافاً للحقيقة
أنه كان يدور فى إطار سلطته
التقديرية فى تنظيم الحق أو
الحرية ، طالما ترتب على التشريع
مساس بالحق الذى قام بتنظيمه .

فالقاضى الدستورى ، يراقب
بصفة أساسية ما اذا كان التشريع
يهدر حرية الفرد أو يفوت عليه
التمتع بها ، أو يحرمه منها أو
ينتقص منها بحظر وجه من وجوه

ممارستها . صحيح أن السلطة التشريعية تختص بتعيين الحدود التي يباشر فيها الفرد حريته ، إلا أن هذا منوط بأن تتفق هذه الحدود مع الاقرار الدستوري للحرية وانموذجها المرسوم في الدستور . والقاضي لا يراقب هنا مسألة ملاممة التشريع ولا أهداف السياسة التشريعية .

وانما يقتصر فحصه على مراقبة التشريع للدستور نصا وروحا ، مع بيان الأثر المترتب على نفاذ هذا التشريع بالنسبة للحقوق والحريات العامة موضوع التنظيم .

وبناء على ذلك ، وكما سبق القول ، فإن الرقابة على دستورية القوانين انما تقتضى فحصاً للغاية من التشريع ومدى توحيه مقاصد المشرع الدستوري

فهذه هي الأهداف التي تنشدها الرقابة على دستورية القوانين والفلسفة التي تقوم عليها :

" صون الدستور وحمايته من الخروج على أحكامه بأعتبار أن نصوص الدستور تمثل دائما القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم ولها مقام الصداقة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وأهدار ما يخالفها من التشريعات ، بأعتبارها أسمى القواعد الأمرة . يستوى في ذلك ما كان من هذه التشريعات سابقا على انشاء المحكمة أو لاحقا على انشائها ، وهو ما أستقر عليه قضاء هذه المحكمة (٢٨) "

وهكذا يتضح لنا أن التشريع الذي يخرج من غاية كفالة الحرية أو ينتهك الإقرار الدستوري لها يقضى بعدم دستوريته طالما إنتقص من الحرية أو قيدها أو صادرها .

وفي هذا الصدد قضت المحكمة الدستورية العليا بأنه : -

" أنه وإن كان الأصل في سلطة التشريع عند تنظيم الحقوق أنها سلطة تقديرية ، وإن الرقابة القضائية على دستورية التشريعات لا تمتد الى ملاممة اصدارها ، إلا أن هذا لا يعنى اطلاق هذه السلطة في سن القوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التي نص عليها الدستور ، هذا فضلا عن أن تنظيم المشرع لحل الملكية في اطار وظيفتها الاجتماعية ينبغي ألا يعصف بهذا الحق أو يؤثر على بقائه على نحو ما سلكه النص المطعون عليه إذ تعرض للملكية الخاصة التي صانها الدستور ووضع لحمايتها حدوداً وقواعد معينة على ما سلف بيانه الأمر الذي يحتم أخضاعه لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة دستورية (٢٩) " .

الحرية التي نريدها ...

يجب أن يشعر الناس جميعا أنهم مطمئنون . أنهم يحكمون حكما حرا . وأن لكل مخلص أن يتكلم . أن يبرز رأيه كما يشاء . ويجب أن تتسع الصحافة لمثل هذه الآراء المخلصة الحققة . اننا لا نريد الحرية لرأى عن هوى . ولا رأى عن غرض . ولا رأى عن عبث . وانما نريد الحرية للرأى الحر الابى النزيه ...

من اقوال الاستاذ الجليل
الطيب مصطفى البرادعي

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١) C. A. Colliard : " libertés publiques " 6^{eme} ed. Dalloz, 1982, p.105

(٢) تخرج دراسة النصوص الاتية المتعلقة بالحرية العامة والحاسة بأغراض الضبط الإداري عن نطاق دراستنا التي تقتصر على النصوص الدستورية والتشريعية فقط . ونحيل بصدد اللوائح المقيدة للحرية إلى بحث الأستاذ الدكتور محمود عاطف البنا ، في حدود سلطات الضبط الإداري - مطبعة جامعة القاهرة عام ١٩٨٠ .

(٣) Colliard : op. CIT ! P. 105

(٤) نسوق على سبيل المثال ما حدث في فرنسا في أواخر عام ١٩٨٦ من مظاهرات واضطرابات اجتاحت عدد كبير من الجامعات الفرنسية . حيث اضرب الطلبة إعتراضاً على مشروع قانون تنظيم الجامعات الذي تقدم به إلى الجمعية الوطنية سكرتير الدولة لشئون التعليم في ذلك الوقت . " مسيرة درفاكية " مما أجبر حكومة شيراك (الوزير الأول في ذلك الوقت) على سحب مشروع القانون . لما تضمنه من إرساء لأوضاع جديدة تحكم نظام التعليم في فرنسا يحاكي النظم الأمريكية في التعليم العالي . وتعتبر هذه الأحداث عن قوة تأثير الرأي العام حتى على مستوى السياسة التشريعية للبرلمان .

(٥) تميل إلى استخدام تعبير الحرية غير القابلة للتنظيم التشريعي للدلالة على ما يعرف لدى بعض الفقه بالحرية المطلقة . حيث لا تفضل استخدام تعبير الحرية المطلقة لأن الحرية جميعاً تعمل في وسط إجتماعي ومن ثم تعتبر نسبية . وهو ما سبق وذهب إليه على سبيل المثال د. نعيم عطية في مؤلفه عن النظرية العامة للحرية العامة للحرية الفردية - الدار القومية للطباعة والنشر سنة ١٩٦٥ ص ١٦٦ .

(٦) أنظر في مراتب الحرية : بحث الأستاذ الدكتور / عاطف البنا : في حدود سلطات الضبط الإداري . مطبعة جامعة القاهرة ١٩٨٠ . ص ٨٥ : ص ٩٤ .

(٧) أ. د. عبد الرزاق السنهوري : " مخالفة التشريع للدستور والانحراف في استخدام السلطة التشريعية " ، بحث منشور بمجلة مجلس الدولة - السنة الثالثة - ١٩٥٢ ص ٧٤ وما بعدها .

(٨) أ. د. مصطفى أبو زيد فهمي : الدستور المصري ورقابة دستورية القوانين - منشأة المعارف - ١٩٨٥ - ص ٢٢٥ ، ص ٢٢٦ .

(٩) Jaques Robert : " libertés publiques " ed. montchrestien, paris. 1982,

p. 117.

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١٠) أنظر في هذا المعنى أستاذنا الدكتور / عبد الحميد متولي : الوسيط في القانون الدستوري -

دار المعارف - طبعة ١٩٥٦ ص ٦٨٠ .

" La loi n'a le droit de defendre que les actions nuisible à la société. (١١)

Tout ce qui n'est pas defendu par la loi ne pas être empêché. et nul ne peut être contraint a faire ce qu " elle n " ordonne pas " .

(١٢) أنظر الدكتور / نعيم عطيه ، المرجع السابق ، ص ١٧٦ .

(١٣) راجع ما ذهب إليه الفقيه اسمان (A. ESMEIN †) من انكار القيمة القانونية لاعلانات

الحقوق مع اعترافه في الوقت ذاته بالقيمة المتميزة لأعلان عام ١٧٨٩ مؤلفه في القانون الدستوري الفرنسي والنسار :

" ELEMENTS DE DROIT CONSTITUTIONNEL FRANCAIS ET COMPARE ' 8 eme ed. T. I, re Rec. SIREY, 1927, P. 596.

(١٤) "... ses articles ont proprement pènétrè dans les esprils et sont

devenus des axiomes courants pour la conscience francaise. C' est àelle que

l'on songe toujours lorsqu'on parle des droits de l'homme et du citoyen : elle

est pour nous la déclaration des droits de l'homme et du citoyen par

excellence, et c'est toujours elle que l'on désigne par ces termes employés

sans aucune addition . les declaration posterieures n'ayant point eu le même

retentissement et la même importance historique ont été, en realité,des repeti-

tions inutiles d'une proclantion deja faite et ne pouvaient faire oublier. Aussi

ces déclarations de 1793 et et de l'an 111 sont presque des couriosilés de notre

histoire constitutionnelle : elle n'ont laissé aucune empreinte dans la memoire

nationale, tandis que celle de 1789 subsiste comme un titre toujours respecté.

Elle n'a rien perdu de sa force par suite des revolutions politiques, car ce n'est

qu'une declaration de principes, et les principes. lorsqu'ils sont vrais et

acceptés par l'esprit public, peuvent être méconnus,mais non effacé par lws

textes des lois " .

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

voir: Esmein : Op. Cit. P.596.

(١٥) يقرر اسمان أن ضمانات الحقوق هي شيء مختلف تماما عن اعلانات الحقوق . فضمانات الحقوق أعلى من القوانين العادية ومن ثم يفدو لها قيمة دستورية من شأنها أن تقيد سلطة المشرع ذاته . أنظر في ذلك اسمان حيث يقرر :

"celles - ci. en effet, sont considérées comme supérieures aux lois ordinaires ... C'est protéger les droits individuels contre le législateur lui-même, lui interdire de faire aucune loi qui les entame ou qui les viole "

Voir : Esmein : Op. Cit. P. 597

L "art. 1/3 de la cons. de 1791 : " Le pouvoir Législatif ne pourra (١٦) faire aucune loi qui porte atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la constitution " .

(١٧) أ. د. رمزي الشاعر : " النظرية العامة للقانون الدستوري " دار النهضة العربية - ١٩٨٣ . الطبعة ٣ . ص ٢٠٨ .

(١٨) أنظر في هذا الرأي تفصيلاً الفقيه أورو . في مؤلفه :

" PRECIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL " 8 eme. ed. Rec., sirey, 1929 , paris. p. 626 et 627.

(١٩) أنظر في ذلك الرأي أ. د. رمزي الشاعر ، السابق ، ص ٢١٠ .

ESMEIN. OP. CIT. P. 597 ., (٢٠)

ويمكن أن تقدم مثلاً آخر لنص ذي قيمة دستورية هو نص الفقرة الثالثة من المادة الأولى من دستور فرنسا الصادر سنة ١٧٨٩ حيث يجري نص الفقرة الثالثة على النحو التالي :

" لا يجوز للسلطة التشريعية أن تمن أي قانون يمكن أن يمس أو، يعوق ممارسة الحقوق الطبيعية المذكورة تحت عنوان " ضمانات الحقوق " المكفولة دستورياً " .

ويقيد هذا النص السلطة التشريعية للمشرع عند قيامه بتنظيم الحقوق والحريات العامة ، ويحدد من سلطته في هذا المجال على النحو الذي يجعل القانون المنظم للحرية كافلاً لها ومقراً للتمتع بها . وفي الوقت

نفسه يحظر النص أن يضع المشرع أية معوقات أو عراقيل تعوق ممارسة الحقوق المقررة دستوريا أو تنطوي على إنتهاك أو مساس بها . وهذا النص يكمل نص المادة الخامسة من الإعلان الفرنسي لحقوق الإنسان سنة ١٧٨٩ .

(٢١) أ. د. كمال أبو المجد - الرقابة على دستورية القوانين في مصر والولايات المتحدة الأمريكية - رسالة دكتوراه - ١٩٦٢ - ص ٤٦٤ .

(٢٢) د. ماهر أبو العينين رسالته في الانحراف التشريعي - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٥٣٦ ، ص ٥٣٧ .

(٢٢) ماهر أبو العينين - رسالته في الانحراف التشريعي ، ص ٥٥١ .

(٢٤) د. ماهر أبو العينين - رسالته في الانحراف التشريعي - كلية الحقوق - جامعة القاهرة - ١٩٨٧ - ص ٥٥٧ .

(٢٥) غنى عن البيان أن التشريع لو لم يتضمن ذات الحدود المقررة دستوريا أعتبر مخالفا للدستور مخالفة موضوعية صريحة . ولا صعوبة في هذا الأمر مطلقا لأن المشرع لا يجوز له مخالفة حظر دستوري صريح أو إقرار دستوري واضح الدلالة في تمتع المواطن بحرية من الحريات . وبالتالي لكل إجراء يتضمنه التشريع يخالف حظراً قرره الدستور ضماناً لحق من الحقوق الأساسية للمواطن لا شبهة في عدم دستوريته كذلك أقر الدستور حقاً ما نظمه بصفة نهائية يستحيل على المشرع أن يتدخل بعد ذلك لينظم ذات الحق بصورة مغايرة ، إذ يقع على جميع السلطات في الدراسة احترام هذا التنظيم الدستوري للحقوق والحريات العامة .

(٢٦) د. محمد أبو العينين . المرجع السابق - ص ٣٦٥ .

(٢٧) أنظر حكم المحكمة الدستورية رقم (١) لسنة ١ ق دستورية جلسة ١٩٨٥/٣/٢ ، منشور بالمجموعة ج ٢ قاعدة رقم ٢٦ ص ١٦٥ .

(٢٨) الدعوى الدستورية رقم ١١ لسنة ١ ق دستورية المنظورة أمام المحكمة العليا بجلطة ١٩٧٢/٤/١ . مشار إليها في مؤلف الأستاذين ياقوت المشاوي وعبد الحميد عثمان " أحكام وقرارات المحكمة العليا - ج أول الدعاوى الدستورية . الهيئة المصرية العامة للكتاب . ١٩٧٣ ص ٢٧٥ ، ص ٢٧٦ .

(٢٩) الحكم الصادر بجلطة ٢ فبراير سنة ١٩٨٥ في القضية رقم ٩١ لسنة ٤ ق دستورية القاعدة رقم (٢٢) . المجموعة ج ٣ ص ١٣٦ .

للسيد الاستاذ / محمود صالح العادلي
مدرس القانون الجنائي المساعد بجامعة الأزهر

* يلتقي الفكر القانوني الوضعي مع الشريعة الاسلامية في تقرير العديد من الحقوق لكل كائن حي حيثما وجد ، وفي كل الأزمان بسبب كونه انسانا عاقلا ، وتمتاز هذه الحقوق بكونها لا تقبل حرمان الشخص منها بدون إنتهاك للعدالة (١)

بيد أن هذا الالتقاء لا ينفي إختلاف المبادئ التي تحكم هذه الحقوق في الفكر القانوني الوضعي عن مثيلتها في الشريعة الاسلامية ، الأمر الذي يقتضيها عرض هذه المبادئ مع إبراز أوجه الإختلاف المشار اليها وبيان أثرها بالنسبة لحق هام من حقوق الانسان ألا وهو حقه في محاكمة عادلة وعليه فأن هذا البحث سيتفرع الي جانبين :

الاول : في المبادئ العامة التي تحكم حقوق الانسان .
والثاني : في حق الانسان في محاكمة عادلة .

اولا: المبادئ العامة التي تحكم حقوق الانسان :

تدور أهم المبادئ العامة التي تحكم حقوق الانسان - في نظرنا - حول مصدر هذه الحقوق وغايتها ، وما تشتهد فيه من توازن في المجتمع .

(١) مصدر حقوق الانسان :

يتحدد مصدر حقوق الانسان في الاسلام في الله عز وجل ، إذ قصر الله سبحانه وتعالى الحكم علي نفسه ، فقال : " إن الحكم الا لله " (٢)

وحكم علي من لم يحكم بشرعه سبحانه وتعالى بالكفر والظلم والفسق ، إذ يقول سبحانه : ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الكافرون " (٣)

وقال " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الظالمون " (٤) وقال ايضا " ومن لم يحكم بما أنزل الله فأولئك هم الفاسقون " (٥)

ولامراء في ان تشريع مصدره

الله سبحانه وتعالى لا بد وان يكون هو العدل المطلق ، إذ لا يعرف الله المحاباة ولا المجاملة ولا التحامل ، فيقول الله تعالى " لقد أرسلنا رسلنا بالبينات وأنزلنا معهم الكتاب والميزان ليقوم الناس بالقسط " (٦) كما يقول الذي أنزل الكتاب بالحق والميزان " (٧)

والربط بين الحق والعدالة الإلهية يضيء عمقا عقائديا للحقوق ، الأمر الذي يدفع المرء الي المطالبة بحقه في إصرار وثبات وجهاد لأنه من أمر الله الذي يتعين الا يفرط فيه والا كان المرء بين الظالمين أنفسهم الذين قبلوا الذل والهوان . " إن الذين توفاهم الملائكة ظالمي أنفسهم قالوا فيم كنتم قالوا كنا مستضعفين في الأرض ، قالوا ألم تكن أرض الله واسعة فتهاجروا فيها ، فأولئك مأواهم جهنم وساءت مصيرا إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلا : فأولئك عسي

الله ان يعفوا عنهم وكان الله عفوا غفورا " (٨)

فالعقيدة لها دورها الهام في ضمان حقوق الانسان ، أو بمعنى آخر تجدان الايمان بالله يكفل لحقوق الانسان ضمانا لا غنى عنه سواء فيما يتعلق بتقريرها أو نفاذها أو تدعيمها أو النضال من أجلها ، حتي لا يتكرر تسلط من هم أمثال فرعون وقارون وسائر طغاة السلطة والثروة " إن فرعون علا في الارض وجعل أهلها شعبا ، يستضعف طائفة منهم . يذبح أبناءهم ويستحي نساءهم انه كان من المفسدين . ونريد أن نمن على الذين استضعفوا في الأرض ولجعلهم أئمة ولجعلهم الوارثين . ونمكن لهم في الأرض ، ونرى فرعون وهامان وجنودهما منهم ما كانوا يحذرون (٩) ، ألم تر الى الذي حاج إبراهيم في ربه أن آتاه الله الملك ، إذ قال إبراهيم ربي الذي يحيى ويميت قال أنا أحيى وأميت قال إبراهيم فإن الله يأتي بالشمس من المشرق فأت بها من المغرب فبهت الذي كفر ، والله لا يهدي القوم الظالمين (١٠) " إن قارون كان من قوم موسى فبغى عليهم وآتيناه من الكنوز ما إن مفاتحة لتنوا بالعصبة أولى القوة ،

إذ قال له قومه لاتفرح إن الله لا يحب الفرحين . . . قال إنما أوتيته على علم عندي ، أو لم يعلم أن الله قد أهلك من قبله من القرون من هو أشد منه قوة وأكثر جمعا ، ولا يسأل عن ذنوبهم المجرمون (١١)

والمصدر الالهي لحقوق الانسان ليس معناه تخدير المشاعر أو تبرير الاستسلام والخضوع والتواكل ، فالحقيقة غير ذلك لان المصدر الالهي يرفع من شأن حقوق الانسان فيجعلها تركز على العقيدة وتستمد منها ، ويجعل الإيمان حارساً عليها دافعا الى الحفاظ عنها والمناضلة في سبيلها .

تلك هي مميزات المصدر الالهي لحقوق الانسان ، والتساؤل الآن هل الفكر الانساني كمصدر لهذه الحقوق له مثل تلك المميزات ؟

الفكر الانساني كمصدر لحقوق الانسان :

عرف الفكر الانساني منذ وقتاً مبكراً ، حقوق الإنسان في اطار فكرة القانون الطبيعي باعتبار أن هذا القانون مجرد قواعد ثابتة لا تتغير وتعتبر مثلاً أعلى يجب أن تحتذى قوانين المجتمع لكونه قائماً على مبادئ لم تؤخذ من

تقاليد متواضع عليها ولا من قواعد محدودة في كتاب ، إنما مصدره الطبيعة التي يكشفه العقل الإنساني من روح المساواة والعدل الكامنة في النفس (١٢) ثم تبلورت فكرة " حقوق الإنسان " في أطار ميثاق دولية ودستورية مثل اعلان استقلال الولايات المتحدة الصادر في ٦ يوليو سنة ١٧٧٦ م الذي نص على أن " كل الرجال ولدتهم أمهاتهم سواسية " ، وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في ٤ أغسطس سنة ١٧٨٩ على أثر قيام الثورة الفرنسية .

وتم تصدير فكرة حقوق الإنسان هذه الى العديد من الدساتير الجديدة لبعض الدول الأوربية مثل ايطاليا والمانيا الاتحادية وذلك بعد انتهاء الحرب العالمية الثانية سنة ١٩٤٤ كما انتشرت هذه الحقوق في دساتير الدول الافريقية التي نالت استقلالها .

وعلى المستوى الدولي صدرت العديد من الوثائق الدولية التي تقر حقوق الانسان مثل الاعلان العالمي لحقوق الإنسان .

universal Declaration

of Human Rights الصادر

عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في ديسمبر ١٩٤٨ ، والعهد الدولي بشأن الحقوق المدنية والسياسية International Covenant on civil and

political Rights الصادر

عن الجمعية العامة للأمم المتحدة

في ١٦ ديسمبر سنة ١٩٦٦

والعهد الدولي بشأن الحقوق

الاقتصادية والاجتماعية والثقافية

International Convention

on Economic Social and

Cultural Rights الصادر

عن الجمعية العامة

للأمم المتحدة في ١٦ ديسمبر سنة

١٩٦٦ ، وعلى المستوى الأقليمي

صدر العهد الأوروبي لحماية حقوق

الإنسان la Convention

Euvo peenne des olvoits

del' homme الصادر عن

المجلس الأوروبي المنعقد في روما

سنة ١٩٥٠ .

هذا وقد اتخذ مجلس الجامعة

العربية في ٣ سبتمبر سنة ١٩٦٨

أقراراً بإنشاء " لجنة أقليمية عربية

دائمة لحقوق الإنسان " وذلك بناء

على توصية اللجنة السياسية في

هذا الشأن .

صفوة القول فيما تقدم ، أن

الفكر الإنساني عرف حقوق

الإنسان وترجم هذه المعرفة في

موثيق ، ووثائق . غير أنه اختلف

حول مدى القيمة القانونية لمبادئ

حقوق الإنسان (١٣) ويمكننا رصد

التجاهات ثلاث في هذا الصدد :

الاول : ينادى باعطائها قيمة

قانونية تعلو على الدستور نفسه

والثاني : ينادى بأنها ليست لها

سوى قيمة أدبية أو فلسفية محضة

أما الثالث : فقد ذهب اليه مجلس

الدولة الفرنسي حين قرر أن

أعلانات حقوق الإنسان التي وردت

في مقدمة دستور سنة ١٩٤٦

تتضمن مبادئ قانونية عامة ،

وأنها - وإن خلت من القوة

الإلزامية للقانون الوضعي .

- الا أنها تشتمل على قواعد

تحديد الغاية من نظام الدولة وترسم

البرنامج الذي تدعين أن يسير

عليه المشرع ، وأن يلتزم بمراعاته

من الناحية السياسية ، وبه ، فإن

هذه القواعد تمثل مجرد توجيهات

للمشرع ولا يتوقف عليها مباشرة

تحديد المركز القانوني للفرد !!

وجلى بما تقدم ، أن حقوق الإنسان

في الاسلام لها قيمة تفوق تلك

المعطاة لها في ظل الفكر القانوني

الوضعي ، بل لن نقول غير

الحقيقة إذا قلنا أن حقوق الإنسان

في الاسلام لا تقف قيمتها عند

مجرد كونها " حقوقا " بل هي "

ضرورات " إنسانية فردية كانت أو

اجتماعية اذ أن لاسبيل لحياة

الإنسان بدونها حياة تستأهل

معنى الحياة فيتعين ويتعين والامر

كذلك الحفاظ عليها ليس باعتبارها

مجرد حق للإنسان بل أيضا "

واجبا " عليه بأثم هو ذاته - فرداً

أو جماعة - إن هو فرط فيه .

ناهيك عن الإثم الذي يلحق كل من

يمنع تمتع الإنسان لهذه الضرورات

لأنها ضرورات يتعين وجودها ولا بد

من تمتع الإنسان بها من ممارستها

أيها حتى يتحقق له المعنى

الحقيقي للحياة ، وبه فإن العدوان

على هذه الضرورات اللازم

لتحقيق جوهر الحياة هو جريمة

كاملة ومؤثمة .

ثانياً : غايتا حقوق الانسان

ولاغرو فإن حقوق الانسان

تسهدف إقرارا للعدالة ولكن أي

عدالة تلك . . ؟ لا شك في أن

العدالة الالهية أي العدالة التي

يحددها الله تعالى تتميز عن

العدالة الانسانية التي يحددها

العقل الإنساني في كون الأولى

مطلقة في حين أن الثانية نسبية

فميزان الله تعالى لا يحيد

ولا يحيف ولا يزيغ ، فلا إنحيار

ولا تميز إلى فئة بعينها أو عرقا معيناً ، لا لطبقة بذاتها " يا أيها الناس إنا خلقناكم من ذكر وأنثى وجعلناكم شعوباً وقبائل لتعارفوا ، إن أكرمكم عند الله اتقاكم ، إن الله علم خبير " (١١)

ومن مساوئ نسبية العدالة في القانون كون القانون يتم وضعه بمعرفة القوة المسيطرة على المجتمع سواء أكانت قوة عادلة أم غير عادلة ، سواء أكانت سلطة شرعية أو غير شرعية .

ففي الدولة القانونية حيث المجتمع يخضع للقانون ، إذ يسود مبدأ سيادة القانون على الحكام والمحكومين . نجد أن القانون يوضع بواسطة سلطة شرعية منظمة تعبر عن حاجات المجتمع وأهدافه .

والأمر على عكس ذلك في الدول البوليسية حيث يوضع القانون ليقدم السلطة الحاكمة ويحقق أهدافها حتى ولو تعارضت مع أهداف المجتمع . إذ يسود مبدأ سيادة السلطة أن صرح التعبير - وما تراه هذه السلطة قانوناً يكون كذلك .

فأية عدالة ننتظرها إذن من قانون يخضع لميعار العدالة يتقلب بحسب وجود سلطة شرعية من

عدمه . وحتى في ظل الدولة القانونية لا نستطيع أن نساير ما ذهب إليه الفيلسوف هوبز HoBBES من أن الميعار الوحيد للعدل هو القانون ذاته بحيث أن إية قاعدة يضعها القانون يجب - كما راقع - أن تكون عادلة في ذاتها . لأن هذه الحجة من الصعب الدفاع عنها لأنه ليس هناك سبب معقول يمنعنا من أن نملك السلطة لتقييم جوهر العدل في قاعدة قانونية بقرينة خارجية (١٤) .

ومن أبرز هذه القرائن في نظرنا أن تتعارض القوانين الفردية مع قيمنا الانسانية ، وذلك عندما يستهدف القانون حماية مصلحة جماعة خاصة ، نظراً لأنها تمثل في موازين القوى التي تحكم المجتمع وصنعاً متميزاً تجاة جماعات أخرى سواء كانت هذه الجماعات تشكل أقلية أو أكثرية من مجموع السكان (١٥) .

وهكذا نجد أن العدالة لها معنى مطلق في الشريعة الغراء في حين أن معناه نسبي في الفكر القانوني المعاصر على النحو السالف بيانه .

ثالثاً ... حقوق الإنسان والتوازن في المجتمع :

ترمى حقوق الإنسان في الاسلام الى تحقيق التوازن في المجتمع : سواء تمثل هذا التوازن في اقتران الحقوق بالواجبات أو في عدم طغيان حقوق الفرد على حقوق الجماعة .

(أ) اقتران الحقوق بالواجبات .

تقترب الحقوق بالواجبات في الشريعة الإسلامية بشكل ملحوظ فكل حق يقابله واجب ، فعلى سبيل المثال نجد أن واجبات الحكام وحقوقهم تقابل من ناحية أخرى حقوق الرعية وواجباتها إذ يقول الله تعالى : " إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها ، وإذا حكمتم بين الناس أن تحكموا بالعدل ، إن الله نعماً يعظكم به ، إن الله كان سميعاً بصيراً . يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم ، فإن تنازعتم في شئ فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ، ذلك خير وأحسن تأويلاً ... " (١٦) .

ويتفق القانون الوضعي مع الشريعة الغراء في هذا الصدد حيث يقابل كل حق واجباً يقع على عاتق شخص أو أشخاص معينين أو على الكافة .

ب (التوازن بين حقوق الأفراد وحقوق الجماعة .

يقسم الإمام ابن تيمية الحدود " الحقوق " إلى قسمين ، أولهما الحدود والحقوق التي ليست لقوم معينين بل منفعتها لمطلق المسلمين أو نوع منهم . وكلهم محتاج اليها وتسمى حدود الله وحقوق الله مثل حد قطع الطرق والسراق والزناه ونحوهم ومثل حدود الحكم في الأموال السلطانية والوقوف والوصايا التي ليست لمعين ، فهذه من أهم أمور الولايات . ولهذا قال على بن أبي طالب رضي الله عنه . لا بد للناس من إمارة برة كانت أو فاجرة ، فقليل : يا أمير المؤمنين هذه البرة قد عرفناها فما بال الفاجرة ؟ فقال : تقام بها الحدود وتأمين بها السبل ويجاهد بها العدو ويقسم بها الفئ . وهذا القسم يجب على الولاة البحث عنه وإقامته من غير دعوى أحد به .. "

أما القسم الثاني من الحدود والحقوق لدى الفقيه ابن تيمية فهي تلك " الحدود والحقوق التي لأدمى معين فيقول الله تعالى (قل تعالوا أتلى ما حرم ربكم عليكم ألا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا ولا تقتلوا أولادكم من إملاق نحن نرزقكم

وإياهم ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ... ولا تقربوا مال اليتيم إلا بالتى هي أحسن حتى يبلغ أشبه وأوفوا الكيل والميزان بالقسط ، لا تكلف نفساً إلا وسعها وإذا قلتم فاعدلوا ولو كان ذا قرى وبعهد الله أوفوا ... " (١٧)

إلا أنه بجانب الحق العام والحق الخاص يوجد صنف آخر من الحقوق تمتزج فيه حقوق الجماعة مع حقوق الأفراد . ويعنى آخر نجد أن هذه الحقوق الأخيرة يوجد بها جانب اجتماعى لهم المجتمع ككل فضلاً عن جانبها الخاص بفرد بعينه وذلك مثل غش المبيعات (١٨)

ومتنازه الشريعة الغراء بأنها في تقريرها للحقوق تعقد الموازنة بين حق الفرد وحق الجماعة دون طغيان أحدهما على الآخر إذ أن " وضع الشريعة إذا سلم أنها لمصالح العباد فهي عائدة عليهم بحسب أمر الشارع وعلى الحد الذى حده لإعلى مقتضى أهوائهم وشهواتهم " لذا نجد أن الله تعالى ذم الهوى " وإلزم المؤمنين حدود الله التي تفصل الحقوق والواجبات إذ يقول تعالى " ولو اتبع الحق أهوائهم لفسدت السموات والأرض ومن فيهن (١٩) .

صحيح أن القانون يعرف الحقوق الفردية والحقوق العامة إلا أن معيار التفرقة بين هذه الحقوق وتلك يخضع للقوة التي تسيطر على المجتمع فتدوب الحقوق الخاصة فى الحقوق العامة الأمر الذى قد يصل إلى عدم وضوح التفرقة بين ما هو حق خاص وحق عام ، فعلى سبيل المثال نجد أن كثيراً ما يحدث خلطاً من حيث الواقع أو من حيث نصوص القانون بين شخص رئيس الدولة وما يثبت له من حقوق والمجتمع أو الدولة ومالها من حقوق أو مكنت قانونية وبذا يصير معيار التفرقة بين ما هو خاص أو عام من الحقوق يتوقف على مدى مآثر السلطة الحاكمة ، وذلك يتوقف بدوره على مدى خضوع هذه السلطة لمبدأ سيادة القانون ، ومدى تعبير هذا القانون عن متطلبات المجتمع واحتياجاته وهى أمور يصعب اجتماعها فى أنظمة الحكم القائمة إلا نادراً .

.. خلاصة ..

خلاصة القول ، فيما تقدم ، أن حقوق الإنسان فى الشريعة الغراء مصدرها الله تعالى وأنها تستهدف إقرار العدالة المطلقة وتراعى تحقيق التوازن بين الحقوق والواجبات وبين

حقوق الأفراد وحقوق المجتمع وتمتاز الشريعة في هذه الأمور جميعها على القانون الوضعي الذي يصدر عن الفكر الإنساني مستهدفاً عدالة نسبية يتم تحديدها عن طريق القوة التي تحكم المجتمع ومدى خضوعها للقانون ومدى تعبير هذا القانون عن مصالح المجتمع الأمر الذي ينعكس بلاشك على حقوق الإنسان ومن بينها حقه في محاكمة عادلة .

ثانياً : حق الإنسان في محاكمة عادلة

* يبرز من بين حقوق الإنسان حقة في محاكمة عادلة ، وهي لا تكون كذلك في نظرنا - إلا اذا توافرت لها العناصر التالية :

١- المساواة أمام القانون أو الشرع ،

٢- المساواة أمام القضاء .

٣- كفالة حقوق الدفاع دون تمييز وسنيسط هذه العناصر فيما يلي :

(١) المساواة أمام القانون أو الشرع :

عرفت الشريعة الغراء هذا المبدأ منذ أربعة عشر قرناً من الزمان بصورته المطلقة إذا أقرت المساواة أمام أحكام الشريعة دون تفرقة بين

مسلم وذمى .

فنصوص الشريعة جاءت بصياغة عامة تدل على هذا المعنى ، اذ يقول الله تعالى " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم أو الوالدين والأقربين ، أن يكن غنياً أو فقيراً فالله أولى بهما ، فلا تتبعوا الهوى ان تعدلوا ، وان تلوأ أو تعرضوا فان الله كان بما تعلمون خبيراً كما يقول عز وجل " يا أيها الذين آمنوا كونوا قوامين لله شهداء بالقسط ولا يجرمنكم شأن قوم على الا أعدلوا فتعدلوا فهمو أقرب للتقوى " (٢٠) .

كما أن الرسول صلى الله عليه وسلم أوضح هذه المساواة بقوله والله لو فاطمة بنت محمد سرقت لقطع محمد يدها انما أهلك من كان قبلكم أنهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه ، واذا سرق فيهم الوضع اقاموا عليه الحد " هذا من ناحية ، ومن ناحية أخرى فان الفقه الاسلامي يوضح أن الذمى " من أهل دار الاسلام (٢١) ودار الاسلام هي تلك التي تكون تحت سلطة حاكم الاسلام وشريعة الاسلام حتى ولو كان أهلها أو أغلبهم غير مسلمين ، فيكفى كونها في يد الامام وإسلامه (٢٢) ..

ولذا تطبق على أهل الذمة في دار الاسلام أحكام الاسلام ويتمتعون بحقوقهم كما يلتزمون بواجباتهم وهم في حماية دولة الاسلام .

ويقول الماوردي أن أهل الذمة " اذا تشاجروا في دينهم واختلفوا في معتقدهم لم يعارضوا فيه ولم يكشفوا عنه ، واذا تنازعوا في حق وترفعوا فيه إلى حاكمهم لم يمنعوا منه ، فان ترفعوا فيه إلى حاكمنا حكم بينهم بما يوجبه دين الاسلام وتقام عليه الحدود إذا أتوها (٢٣) "

هذا وقد روى نافع عن ابن عمر قوله : كان آخر ما تكلم به النبي صلى الله عليه وسلم " احفظوا في ذمتي " كما روى عنه " من أذى ذمياً أو معاهداً فأنا خصمه يوم القيامة " .

واذا اتجهنا شطر الفكر الوضعي نجد أن الاعلان العالمي لحقوق الانسان الصادر عن هيئة الامم المتحدة سنة ١٩٤٨ م أقر مساواة الجميع أمام القانون وحقوقهم في التمتع بحمايته على وجه التكافؤ دون تفرقة وكذلك حقوقهم في الحماية من أى تمييز يخل بالاعلان العالمي لحقوق الانسان

ومن أى تحريض على هذا التمييز (م٧)

وهذه المساواة لم تكن مطلقة على هذا النحو فى اعلان استقلال الولايات المتحدة الصادر فى ٦ يوليو سنة ١٧٧٦م الذى نص على " أن كل الرجال قد ولدتهم أمهاتهم سواسية " فواضح من هذه الصياغة ان المساواة للرجال فحسب دون النساء .

وأيا كان فإن القانون الوضعى يعرف الكثير من الاستثناءات التى تخل بالمساواة الحقيقية بين الناس جميعا ، الأمر الذى يسفر عنه اختلال كبير فى موازين العدالة الانسانية بشكل صارخ .

٢) المساواة امام القضاء

* لاشك فى نظرنا ان المساواة امام القضاء ترتبط بالمساواة أمام القانون ارتباطا لا انفصام له . فالقضاء هو الذى يلجأ اليه الأفراد ليفصل فيما عساه ان يحدث من خلاف بشأن تطبيق احكام القانون دون تمييز فاذا كان القضاء لا يحترم مبدأ المساواة أماما فلا جدوى من التجاء الأفراد لحاجة المساواة أمام القانون لان فاقد الشيء لا يعطيه .

هذا ولقد أقرت الشريعة الغراء

مبدأ المساواة امام القضاء فنصوص الشريعة وقواعدها العامة تمنع ولاية الأمور فى الأمه من التدخل فى القضاء لتوجيهه لصالح خصم من الخصوم لأن فى ذلك ظلم ، والظلم كله معرم . كما حرص الخلفاء الراشدون ورؤساء الدولة الاسلامية على صيانة القضاء من التدخل ضمنا للحق وارساء للعدل فلم يسعوا الى تحويل الاحكام لصالحهم أو لصالح من يحبون ، ولكنهم كفلوا لاحكام القضاء الاحترام والنفاذ حتى ولو تعلقت هذه الاحكام بأولى الأمر أنفسهم بل ولو كانت صادرة ضدهم ، إذ كانوا ينفذونها طائعين . وكتب الاثر غنية بكثير من المخاصمات التى كان أحد اطرافها خليفة من الخلفاء الراشدين أو احد ولاية المسلمين ، وصدرت احكام القضاء المولين من قبلهم ضدهم فقبلوها راضين ، ولعل كان الحق معروفا لدى هؤلاء الخلفاء والولاة ، ولكنهم تعمدوا طرح الخصومة على القضاء بهدف إحتبار قوتهم فى الحق ، حتى ولو كان فى جانب ذمى وضد الخليفة .

* فأهل الذمة أمام القضاء لهم حقوقهم المقررة دون تمييز بينهم وبين المسلمين ، ولقد ضرب القرآن

الكريم المثل فى تطبيق المساواة امام القضاء حتى ولو تعلق الأمر بذمى بما تضمنته سورة النساء (الآيات من ١٠٥ حتى ١١٥) التى تضمنت ثبوتة يهودى من تهمة زور وتدين المدعين بالكذب من المسلمين .

* كما كتب عمر بن الخطاب الى أبى موسى الأشعري فى رسالته المشهورة " آسى - أوسود - بين الناس فى خلقك وعدلك ووجهك ومجلسك ، حتى لا يطمع شريف فى حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك " كما كتب الى أبى عبيدة بن الجراح بالشام ما نصه " إذا حضرك الخصمان فعليك بالبينات العدل والإيمان القاطعة ، ثم أذن للضعيف حتى تبسط لسانه وتجري قلبه ، وتعهد الغريب فإنه اذا طال حبسه (أى بقاؤه فى البلد مغتربا حيث دار القضاء) ترك حاجته وانصرف الى اهله ... واحرص على الصلح ما لم يستين لك القضاء (٢٤)

هذا ولقد عرف الفكر القانونى الوضعى مبدأ المساواة امام القضاء اذ نص الاعلان العالمى لحقوق الانسان على تأكيد هذا المبدأ بقوله أن " لكل انسان الحق على قدم المساواة الثامة مع

الآخرين ، فى أن تنظر قضيته أمام محكمة مستقلة نزيهة نظرا عادلا علينا للفصل فى حقوقه والتزاماته ، واية تهمة جنائية توجه اليه " كماحرص الاعلان المذكور على تأكيد هذا المبدأ بالنسبة للمتهم بما نصت عليه المادة الحادية عشر فى فقرتها الاولى بقولها " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا الى ان تثبت أدانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه "

وفى فرنسا يعبر عن هذا المبدأ بان كل الناس لهم على قدر التساوى أن يحاكموا بواسطة نفس القضاء وحسب نفس القواعد الاجرائية دون تمييز لأحد

toute le monde a une égale vocation a être juge les mêmes juridiction et selon les mêmes regles de Procédure sans aucune discrimination.

ورغم إقرار هذا المبدأ فى الفكر القانونى الوضعى ، الا أن هذا الفكر يعرف العديد من جهات القضاء الاستثنائية مما يسفر عن اخلال صارخ بهذا المبدأ

(٣) كفالة حقوق الدفاع

دون تمييز :

حرصت الشريعة الغراء على احترام حقوق الدفاع وجعلته اساسا من أسس القضاء الاسلامى ؛ إذ روى عن الرسول صلى الله عليه وسلم قوله للامام على بن أبى طالب حين بعثه الى اليمن " يا على اذا جلس اليك الخصمان فلا تقضى بينهما حتى تسمع من الآخر كما سمعت من الأول فانك اذا فعلت ذلك لتبين لك القضاء (٢٥) كما روى عن المنذر بن وهب عن النبي صلى الله عليه وسلم " اذا اتاك أحد الخصمين وقد فقت عينه فلا تقضى له حتى يأتبك خصمه فلمله قد فقت عيناه جميعا (٢٦)

هذا ولقد عرف الفكر القانونى الوضعى مبدأ كفالة حقوق الدفاع دون تمييز؛ إذ تنص المادة الحادية عشر فى فقراتها الاولى من الاعلان العالمى لحقوق الانسان على أن " كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئا الى أن تثبت ادانته قانونا بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع .

ولعل هذه الصياغة العامة لحقوق الدفاع هى التى دفعت واضعى الاتفاقية الدولية لحقوق

الانسان التى وافقت عليها الجمعية العامة للأمم المتحدة فى ١١ ديسمبر ١٩٦٦ - الى توضيح ماهية هذه الحقوق حيث نصت المادة ١٤ فقرة (٣) منها على أنه يكون لكل شخص ، عند نظر أى تهمة جنائية ضده ، الحق فى ضمانات الحد الأدنى التالية :

* أن يكون له الوقت الكافى لتحضير دفاعه ، وأن يتصل بمحام من اختياره

* ان يحاكم حضوريا وان يدافع عن نفسه بشخصه أو عن طريق مساعده قانونية من اختياره ...

* ان يخطر - اذا لم تكن لديه مساعدة قانونية - بخفة فى ذلك وان تهيأ له مساعدة قانونية فى أية قضية تتطلب فيها ذلك مصلحة العدالة ، ودون ان يدفع تكاليفها فى هذه الحالة اذا لم تكن لديه الامكانيات لذلك "

ورغم هذا الاقرار لحقوق الدفاع من جانب الفكر القانونى الوضعى الا أن هذه الحقوق يتم المساس بها بشكل أو بآخر لاسيما فيما يتعلق بالمحاكمات الاستثنائية التى تعرفها العديد من الأنظمة القانونية الوضعية إذ تنحصر - أو

تكاد حقوق الدفاع امامها الأمر الذى يمس فى الصميم حق الانسان فى محاكمة عادلة .

خلاصة وخاتمة :

بان مما تقدم أوجد الخلاف بين الفكر القانونى الوضعى والشرعية الغراء فيما يتعلق بالمبادئ التى تحكم حقوق الإنسان ، وأبرز هذه الوجود ما يتعلق بمصدر هذه الحقوق الألهى وما يضيفه هذا المصدر من استهداف للعدالة المطلقة ، وقرار التوازن بين الحقوق والواجبات وبين الحقوق الفردية وحقوق المجتمع وبدا مما تقدم مدى تميز الشرعية الغراء فى هذا الصدد على الفكر القانونى الوضعى الذى انعكس فيه التصور الانسانى على حقوق الانسان فقصر على أن

يستهدف عدالة مطلقة واكتفى بالعدالة النسبية ولم يفلح فى تحقيق التوازن بين الحقوق والواجبات أو بين الحقوق الفردية وحقوق المجتمع دون تمييز أو انحياز كما انعكس هذا الاختلاف على الإنسان فى محاكمة عادلة من خلال احترام مبدأ المساواة أمام القانون أو الشرع ومبدأ المساواة أمام القضاء ومبدأ كفالة حقوق الدفاع دون تمييز ولعل أبرز أوجه هذا الاختلاف ما يتعلق بالقضاء الاستثنائى الذى يمثل سمة بارزة فى القضاء الوضعى وما يستتبع هذا من اخلال حقيقى بحقوق الدفاع أمام القضاء

وخلاصة القول ان الشرعية الغراء كان لها السبق فى كفالة

حقوق الإنسان ولاسيما حقه محاكمة عادلة بمضامين مطلقة لا تقبل التفرقة بين مسلم وذمى طالما ان هذا الأخير يقيم فى دار الاسلام لذلك ننتهز الفرصة للمناداة بنيل فكرة تقسيم لبنان الشقيق ، تلك الفكرة التى تحتوى بمقولة استعالة التعايش بين المسلمين والمسيحيين كابناء وكمواطنين متساويين فى وطن واحد لان هذه المقولة فيها من الاحجاف بالاسلام الكثير وفيها من الجهل بتعاليمه اكثر فالاسلام يحترم حقوق الانسان المسيحي باعتباره ذمى على النحو الذى أورده هذا البحث . و ...

ياأيتها الحقيقة كم من الجرائم ترتكب باسمك .

الحرية

لو كنا نعيش بالخبز والماء لكانت عيشتنا راضية . ولكن غذاءنا الحقيقى الذى به نحيا ، ومن أجله نحب الحياة . ليس هو اشباع البطون الجائعة إنه ارضاء العقول والقلوب . وعقولنا وقلوبنا لا ترضى إلا بالحرية ...

استاذ الجيل

أحمد لطفى السيد

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

هوامش

(١١) في تعريف حقوق الإنسان . راجع :

Gaius Ezgiofer, Protection of Human Rights, Under. The Law, P. 5.

(٢) الآية رقم ٤٠ من سورة يوسف .

(٣) الآية رقم ٤٤ من سورة المائدة .

(٤) الآية رقم ٤٥ من سورة المائدة .

(٥) الآية رقم ٤٧ من سورة المائدة .

(٦) الآية رقم ٢٥ من سورة الحديد .

(٧) الآية رقم ١٧ من سورة الشورى .

(٨) الآيات من ٩٧ إلى ٩٩ من سورة النساء .

(٩) الآيات من ٤ - ٦ من سورة القصص .

(١٠) الآية ٢٥٨ من سورة البقرة .

(١١) الآيات من ٧٦ حتى ٧٨ من سورة القصص .

(١٢) راجع في هذا المعنى .

عمر محمد ممدوح مصطفى : القانون الروماني - ط ٣ القاهرة ١٩٥٩م ص ١٦ .

(١٣) للمزيد . أنظر :

أحمد فتحي سرور - الشرعية والإجراءات الجنائية - طبعة ١٩٧٧ ص ١٠٩ وما بعدها .

(١٤) دنييس لوي - فكرة القانون - سلسلة عالم المعرفة تعريب سليم الصويحي مراجعة سليم العدد

٤٧ محرم / صفر - ١٤٠٢هـ - نوفمبر (تشرين الثاني) ١٩٨١ ص ٢٥٩ وما بعدها .

(١٥) المرجع السابق ص ١٦٠ .

(١٦) الآيتان ٥٨ ، ٥٩ من سورة النساء .

(١٧) الآيات من ١٥٩ حتى ١٥٣ من سورة الأنعام .

(١٨) راجع الماوردى الأحكام السلطانية ص ٢١ القاهرة ١٣٨٦ هـ / ١٩٦٦ .

(١٩) الآية ٧١ من سورة النور .

(٢٠) الآية ١٣٥ من سورة النساء .

(٢١) راجع : السرفسي : الميسوط ج ١ ص ٨١ ، الكاساني : بدائع الصنائع : ج ٥ ص ٢٨١ ابن قدامة

المغني ج ٥ ص ٥١٦ .

وراجع أيضا : عبد الكريم زيدان : الفرد والدولة في الشريعة الإسلامية - الاتحاد الاسلامي العالمي

للمنظمات الطلابية - ص ١٨

(٢٢) انظر : عبد الكريم زيدان - الفرد والدولة ص ١٩ .

(٢٣) الماوردى : الأحكام السلطانية - ص ١٤٣ ، ١٤٥ ، ١٤٦ .

(٢٤) أبو يوسف - الخراج - ص ١٢٦ وما بعدها .

(٢٥) رواه أحمد وأبو داود والترمذي وأقر به أيضا ابن حبان صحيحه وحسنه الترمذي . وراجع : نيل

الأوطار الشوكاني - ج ٨ ص ٣٠٩ .

(٢٦) الماوردى - الأحكام السلطانية - ص ٦٧ .

**في تزوير المحررات وفي اتديد معنى الرسمية في تطبيق
نصوص التزوير في القانون الجنائي وفي ضوء ما استقر عليه قضاء النقض في مصر**

للميد الأستاذ / أحمد جمعة شحاته - المحامي بالنقض

تقديم:

لجرائم التزوير في المحررات أهمية خاصة بقدر ما صار للكتابة من دور رئيس متزايد في حياة الانسان .

وهي جريمة عظيمة الشر جسيمة الضرر .

وجرائم التزوير جرائم دقيقة متنوعة تحتاج في معالجتها الى عناية خاصة بسبب تباين طرق التزوير وتنوع المحررات. ولتشابهها مع أنواع أخرى من جرائم الكذب كالشهادة الزور والبلاغ الكاذب والنصب والغش في المعاملات .

بل مع أنواع من الكذب وتعتبر الحقيقة في المحررات لآعقاب عليها كالصوربة والتدليس في العقود المدنية . حتى أنه لكي يقف المطلع على آراء أشهر الفقهاء وهو فستان هيلى في أشهر القوانين وهو القانون الفرنسى نورد الجملة التى استهل بها باب التزوير فى المحررات قال :-

" الان نشرح مادة حرجة وهى التزوير فى المحررات فالموضوع محاط بالخفاء من كل الجهات لذلك كان القول فيه صعبا لايجاز لفظ القانون حيث أقتصر الشارع على معاقبة من يضع ورقة أو يغير فى ورقة مكتوبة من قبل دون أن ينص على الصفات التى تتميز بها الجريمة ولتفرع طرق التزوير والتفنن فى اساليب والمحاكم بين ذلك مترددة غير مستقرة على مذهب واحد . لذلك نراها تغفل أحيانا عن قواعد يجب استنباطها من مفهوم القانون أو استخلاصها من معاينة المتفرقة وجاءت احكامها فى أحوال شتى يظهر ذلك خصوصا اذا جردت عن الظروف التى صدرت فيها وذلك مما يزيد فى الموضوع غموضا " .

(انظر شوفو وفستان هيلى - شرح قانون العقوبات الفرنسى - الجزء الثانى) :- الطبعة الخامسة - نبذة ٦٣٨ ص ٣٢٥) .

وهذا ايضا ما جاء على لسان

عمدة القانون والشرح الكبير المرحوم أحمد فتحي زغلرل باشا فى كتابه التزوير فى الاوراق الرسمية .

" ولقد كنا نحسب أن قانوننا المصرى الذى اتخذ ذلك القانون اساسا له خصوصا فى باب التزوير قد استفاد من تجارب السلف واطلع على مؤلفات فقهاءنا فى تلك المدة الطويلة فأتى لنا بنصوص تفوق تلك تمكنا فى الالفاظ وأحكاما فى المعانى وبيانا فى التركيب ونسقا فى الترتيب وتجاذا فى الافكار وانسجاما فى الموضوع حتى اذا طالعناه مع التأمل الدقيق رجعنا من الرجاء بصفقة المغبون وودنا لو أنه أتتخل مادة ذلك الاساس فيما منها ولكنه غير حيث وجبت المحافظة على الاصل وحذف ما كان يجب أن يزداد عليه " .

ومما لفت النظر حين البحث فى جنحة التزوير فى الاوراق الرسمية وفى نطاق الرسمية فى القانون . وجدنا أن الفقه والقضاء الجنائيين

يتوسع في تحديد ما إلى مدى يتجاوز حدود الرسمية في قانون الاثبات .

وسيكون موضوع هذا البحث بالتحديد أن نتعرف على اللحظة التي يعتد بها بصفة المحرر . وآراء فقهاء القانون الجنائي والقضاء المصري وتفسير محكمة النقض وما استقر عليه قضاؤها في هذا الشأن من نطاق التزوير في الأوراق الرسمية .

اللحظة التي يعتد فيها بصفة المحرر :-

المحرر الرسمي :-

لم يرد في نصوص التزوير تعريف للمحرر الرسمي . بل أن هذه النصوص لم تستعمل هذا المصطلح أصلاً . أما استعملت مصطلحاً آخر هو السندات والأوراق الاميرية .

ويتضح ذلك من عبارة المادة ٢١١ع فقد نصت هذه المادة على عقاب كل صاحب وظيفة عمومية ارتكب في أثناء تأدية وظيفته تزويراً في أحكام صادرة أو تقارير أو محاضر أو ثائق أو سجلات أو دفاتر أو غيرها من السندات والأوراق الاميرية .

وجرى الفقه والقضاء من زمن على أن هذه السندات والأوراق إنما يقصد بها المحررات الرسمية .

ولما كان القانون لم يعرف هذه المحررات فقد أهدى الفقه والقضاء الجنائيان في تعريفهما بما نص عليه القانون المدني ثم من بعده قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية .

مفهوم المحرر الرسمي في قانون الاثبات :-

نصت م ١٠ من قانون الاثبات على أن المحررات الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقاً للاوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه . ويرى فقهاء القانون المدني أن صحة المحرر الرسمي مرهونة بتوافر ثلاثة شروط " هي الصفة والاختصاص والشكل " .

في الفقه والقضاء الجنائيين :-
أهدى الفقه والقضاء الجنائيان في تعريف المحرر الرسمي بالتعريف المدني إلى حد كبير .

وأتفقنا على أن المحرر الرسمي

هو ما يحضره موظف عام مكلف بتحريره بحكم وظيفته وعلى موجب ما تقتضيه القوانين واللوائح .

وهو ذات التعريف المدني - فهو يتكون من ثلاثة عناصر - هي الصفة والاختصاص والشكل .

ويشترط لانطباق المادتين ٢١١ و ٢١٣ع علاوة على تحقق الأركان العامة في التزوير . تحقق شرائط إضافية وهي :-

(١) وقوع التزوير في محرر رسمي .

(٢) من موظف عام .

(٣) أثناء تأدية وظيفته .

الرسمية في أحكام محكمة النقض :-

لقد قررت محكمة النقض في احكامها أن :-

المحررات الرسمية " هي المحررات التي يجب أن يكون تحريرها مفروضاً على الموظف العمومي بمقتضى القوانين أو اللوائح " .

نقض ١٩٣٥/٣/٤ - القواعد القانونية ج ٣ رقم ٣٢٩ ص ٤٢١

نقض ١٩٥١/١٢/١٧ -

احكام النقض س ٢ رقم ١١٥ ص ٢٩٧ .

وفى حكم اخر قالت : -

" ان اختصاص الموظف بتحرير الورقة الرسمية لا يستمد من القوانين واللوائح فقط . بل يستمد كذلك من أوامر رؤسائه لهم أن يكلفوه به . كما قد يستمد المحرر رسميته من ظروف انشاؤه أو من جهة مصدره وبالنظر الى البيانات التى تؤرخ به ولزوم تدخل الموظف لاثباتها أو لاقرارها " .

نقض ١٩٦٠/٥/١٦ - احكام

النقض س ١١ رقم ٨٨٠ ص ٥٧ .

وفى احكام أخرى : -

لا يشترط كى تسبغ الصفة الرسمية على الورقة أن تكون محررة على نموذج خاص . ذلك ان الصفة الرسمية إنما يسبقها محررها لاطبعا على نموذج خاص والرسمية تتحقق حتى متى كانت الورق صادرة أو منسوبا صدورها الى موظف مختص .

بتحريرها سواء كان اساس الاختصاص قانونا أم مرسوما أم لائحة أم تعليمات أم بناء على أمر رئيس مختص . أم طبقا لمقتضيات

العمل .

نقض ١٩٦١/٤/٣ احكام

النقض س ١٨ رقم ١١٠ ص ٥٥٩

ويتوسع الفقه والفقهاء فى تحديد معنى الرسمية فى تطبيق نصوص التزوير الى مدى يتجاوز حدود الرسمية فى قانون الاثبات .

ويتضح ذلك بالنسبة لشرط الصفة :

فلقد درج الفقه بالاجماع على اعتبار المحرر المصطنع والمقلد رسميا ولو كان الجانى غير موظف . وجرت محكمة النقض على ذلك فقضت :

" أن المحرر الذى يصطنع فى صورة المحررات الرسمية ويتسبب زورا الى الموظف العمومى المختص بتحرير اشباهه - ولو أنه لم يصدر فى الحقيقة عن الموظف المذكور - يعطى حكم المحرر الرسمى فى باب التزوير " .

نقض ٢ يونيه ١٩٥٢ احكام

النقض س ٣ ص ١٠١٧ رقم ٣٧٩

وجرت محكمة النقض على ذلك -

وترددت فى بعض احكامها فلم تجعل هذه المحررات رسمية فى الحقيقة بل اعتبرتها كذلك حكما غير ان محكمة النقض طرحت هذا التردد جانبا وصرحت باعتبار

المحرر رسميا فى هذه الحالة حقيقيا لاحكاما وقضت :

" بان المحرر يعتبر رسميا فى حكم المادتين ٢١١ ، ٢١٣ من قانون العقوبات متى صدر أو كان فى الامكان صدوره من موظف عام مختص بتحريره بمقتضى وظيفته أو التداخل فى هذا التحرير " .

نقض ٣ فبراير ١٩٦٩ احكام

النقض س ٢٠ ص ٢١٢ رقم ٤٦ .

يتضح ذلك ايضا بالنسبة لشرط الاختصاص :

وأتفق الفقه والقضاء الجنائيان باطراء على أن عدم الاختصاص لا يسقط عن المحرر صفة الرسمية باطلاق وإنما تسقط هذه الصفة فحسب حين يؤدي هذا العيب الى اقتضاح التزوير .

فأما ان كان البطلان الناشئ عن ذلك - الاختصاص - مما تفوت ملاحظته على كثير من الناس فان العقاب يكون واجبا لان الاخلال بالثقة اللازمة للمحرر الرسمى يترتب عليه ضرر . وتغير الحقيقة من شأنه ان يزعم هذه الثقة .

نقض ٢٣ يونيه ١٩٥٩ احكام

النقض س ١٠ ص ٦٧٤ رقم ١٥٠ .

ويتضح ذلك ايضا بالنسبة للشكل

فقطت محكمه النقض بان التزوير في الاوراق الرسمية يعاقب عليه ولو كان حاصلًا في محرر باطل شكلا لاحتمال حصول الضرر منه للغير او للجميع اذ ان المحرر الباطل وان جرده القانون من كل اثر فانه قد تتعلق به ثقة الغير بمن لا يتضح امامهم ما يشوبه من عيوب ويصح ان يخدع فيه كثير من الناس .

نقض ١٠ يونيو سنة ١٩٦٨ احكام النقض س ١٩ ص ٦٧٣ .

نطاق الرسمية في المحررات :-

تقتصر الرسمية علي ما تدخل فيه الموظف وكان تدخله جزءا من اختصاصه ولا تكتسب الورقة صفة الرسمية في جميع اجزائها وبالنسبة لكل بياناتها لمجرد ان الموظف العام تدخل فيها .

وينتج عن ذلك ان الورقة الواحدة يمكن ان تضم محررين احدهما رسمي والاخر عرفي ويتحدد نوع التزوير تبعا لطبيعته البيان الذي وقع فيه تغير الحقيقة .

والذي يهمنا في هذا البحث ان نتعرف علي اللحظة التي يعتبر فيها بصفه المحرر .

الاصل :

- ان تحدد صفة المحرر بالوقت الذي يحصل فيه تغيير الحقيقة .

- فهذا الوقت هو المعول عليه في اعتبار التزوير واقعا في محرر رسمي او عرفي .

- ويصبح الامر دقيقا في طائفة المحررات التي تبدأ عرقية ثم تنقلب الي رسمية يتدخل الموظف فيها .

وكان : الاصل عند تحديد نوع التزوير الواقع في هذه المحررات ان ينظر اليه وقت ارتكاب التزوير فان كان سابقا علي تدخل الموظف العام كان المحرر عرقيا وان كان لاحقا لتدخل الموظف كان رسميا .

بيد أن الفقه والقضاء يذهبان غير هذا الاصل .

فالسائد انه اذا تحول المحرر العرفي الي رسمي فان صفة الرسمية تثبت بأثر رجعي - اي من لحظة انشاء المحرر بمعنى ان تنسخ رسميته الي ما سبق من اجراءات .

وتعبر محكمة النقض عن هذا المعني بقولها :

" ان العبرة بما يؤول اليه المحرر وليس بما كان عليه في اول الامر "

نقض ٩ يونيو ١٩٦٧ احكام

النقض س ١٨ ص ٦٤ رقم ٩ .

الطعن رقم ١٣٠٦ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٣/١/٨ س ٢٤ ق ١٧ ص ٧٢ .

الطعن رقم ٩٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/٤/٢٣ س ٢٩ ق ٧٨ ص ٤٠٩ .

غير ان هذا الرأي وان كان مجمعا عليه في احكام محكمه النقض .

الا أن هذا التفسير ما هو إلا اجتهاد علي اي حال .

وهذا الرأي يفتقر الي السند القانوني ويتعارض مع المبادئ العامة في نظرية الجريمة ويتناقض مع مبادئ مستقرة لمحكمة النقض ويتناقض ايضا مع احكام الشريعة الاسلامية ومع الدستور .

فلقد حرصت محكمة النقض وأكدت في أحكامها أنه عند البحث في توافر اركان جريمة معينة يجب أن يقصر النظر على الوقت الذي ارتكبت فيه تلك الجريمة .

وبالنسبة لجريمة التزوير فان البحث في وجود الضرر وأحتماله :

أما يرجع فيه الى الوقت الذي وقع فيه تغيير الحقيقة بغير

التفات الى ما قد يطرأ فيما بعد .

فقضت محكمة النقض :

" عند البحث في توافر اركان جريمة معينة يجب أن يقتصر النظر على الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة . فاذا رُوي أن الضرر الذي هو ركن في جريمة التزوير مثلاً قد كان وقت مقارفة الجريمة محتمل الوقوع ولم يكن مستحيل القصور مهما طرأ بعد ذلك من الظروف التي يمكن أن تحول دون وقوع الضرر أو تمنع احتمال وقوعه لأنها إما أن تكون قد وقعت بأسباب خارجة عن إرادة الجاني فلا يمكن أن يكون لها أثر في محو جرمته . وأما أن يكون الجاني نفسه هو الذي اراد أن يتلافى الامر ويحول دون وقوع الضرر أو يصلح ما افسده بسابق فعله . والمتفق عليه في هذه الصورة أن فعل الجاني اللاحق لا يمكن أن يمحو سابقة جريمة . وبخاصة في جريمة التزوير حيث يكفي فيها أن يكون ركن الضرر وقت ارتكابها محتمل الوقوع (مجرد احتمال) "

نقض جلسة ١٩٣٣/٥/١٢ طعن رقم ١٦٤٣ سنة ٣ ق .

كما قضت :

" تقدير توافر الضرر أو احتمال

يكون عند مقارفة الجريمة لا بعدها "

نقض ١٩٣١/٦/١٩ الطعن رقم ١٨٦٨ سنة ٢ ق .

كما قضت :

" أن البحث في وجود الضرر وأحتماله في جريمة التزوير إنما يرجع إلى الوقت الذي وقع فيه تضيير الحقيقة بغير التفات الى ما قد يطرأ فيما بعد . "

نقض جلسة ١٩٤٣/٥/٣ طعن رقم ١٠٥٨ سنة ١٢ ق .

نقض جلسة ١٩٤٤/٤/٣ طعن رقم ٩١١ سنة ١٤ ق .

كما قضت :

" يتحقق الضرر في جريمة التزوير في الورقة الرسمية بمجرد تغيير الحقيقة لما في ذلك العبث بحجيتها وقيمتها التدليلية . "

نقض جلسة ١٩٥٠/٥/١٩ طعن رقم ٥٦٣ سنة ٢٠ ق .

نقض جلسة ١٩٥٣/٥/١٢ طعن رقم ١٠٤٥ سنة ٢٢ ق .

نقض جلسة ١٩٥٦/١٠/١ طعن رقم ٧٢٤ سنة ٢٦ ق .

الطعن ١٣٢٦ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٦٦/١٢/٥ س ١٧ ق

٢٢٧ ص ١١٩٩ .

الطعن ١٤٥ لسنة ٤٢ ق جلسة ١٩٧٢/١٢/٢٤ س ٣٣ ق ٣٢٢ ص ١٤٣١ .

الطعن ١٢٦٥ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨٠/٣/٦ س ٣١ ق ٦٢ ص ٣٢٨ .

كما استقر قضاء النقض على أن جريمة التزوير جريمة وقتية تنتهي بمجرد وقوع التزوير في محرر بأحدى الطرق المنصوص عليها في القانون .

فقضى في احكامها :

" جريمة التزوير جريمة وقتية تنتهي بمجرد وقوع التزوير في محرر بأحدى الطرق المنصوص عليها في القانون ولذا يجب أن يكون جريان مدة سقوط الدعوى بها من ذلك الوقت . "

الطعن رقم ٤٠ لسنة ٣٣ ق جلسة ١٩٦٣/٣/١٠ س ١٤ ص ٥٠١ .

الطعن رقم ١٠٨١ لسنة ٤٦ ق جلسة ١٩٧٧/١/٢٠ س ٢٨ ص ١٤٨ .

ولا تختلف الرسمية كصفة عن الضرر من حيث أن كلاهما عنصر في الجريمة .

ومن هذا يجب عند البحث في صفة المحرر أن يقتصر على الوقت

الذي يقع فيه تغيير الحقيقة .

أما ما قد يطرأ على المحرر بعد ذلك فليس من شأنه أن ينسحب على الفعل وقت ارتكابه .

فالقول بالانسحاب يعتبر تعسفا في التفسير الصحيح . ولا يستقيم مع نصوص التجريم والعقاب من حيث عدم الرجعية . قاعدة عدم رجعية النصوص الجنائية الموضوعية : -

فطبقا لهذه القاعدة أن نص التجريم لا يسرى الا على الافعال التي ترتكب بعد لحظة نفاذه .

وكما قرر استاذنا الدكتور محمود نجيب حسنى " ان السلطان الزمنى للنص محصورا بين لحظتين لحظة نشوئه ولحظة انقضائه فلا سلطان له من قبل اللحظة الاولى . ولا سلطان له بعد اللحظة الثانية وله سلطانا كاملا في الفترة بين اللحظتين " .

ولهذه القاعدة نتيجتين مرتبطتين : -

أولا : - أنه لا يجوز أن يطبق نص التجريم على فعل ارتكب قبل العمل به . وكان مباحا في ذلك الوقت .

ثانيا : - لا يجوز أن يطبق نص

تجريم على فعل ارتكب قبل العمل به وكان يعاقب عليه بعقوبة اخف مما يقضى به ذلك النص .

نقض ١٦ ديسمبر سنة ١٩٣٥
مجموعه القواعد القانونية حـ ٣
رقم ٤١٢ ص ٥١٤ .

نقض ٨ يناير سنة ١٩٦٨
احكام محكمة النقض س ١٩ رقم ٨ ص ٣٩ .

وتأصيل هذه القواعد استنادا الى نص م ٦٦ من الدستور التي تقرر : -

" ... لاعتقاب الا على الافعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون " وم ٥ من قانون العقوبات التي تقتضى :

" يعاقب على الجرائم بمقتضى القانون المعمول به وقت ارتكابها .

وهذه القاعدة مستمدة من مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات وما يقدم لتأييد هذا المبدأ يصلح ايضا لتأييد قاعدة عدم رجعية نصوص التجريم .

والاستثناء الوحيد لهذه القاعدة هي رجعية النصوص الاصلح للمتهم .

ولما كان ذلك

فإن المنطق القانوني يقتضى

قصر النظر عند البحث في صفة المحرر على الوقت الذي يقع تغيير الحقيقة .

أما ما يطرأ على المحرر بعد ذلك من تحول فليس من شأنه أن ينسحب على الفعل وقت ارتكابه .

فلا يستقيم في شئ من ذلك مع نصوص التجريم والعقاب وما استقرت عليه احكام النقض من وقتية جريمة التزوير ومن قصر النظر على الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة عند البحث في توافر اركان تلك الجريمة .

ويعنى هذا المبدأ

حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون بتحديد الافعال التي تعد جرائم وبيان اركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها ومقدارها من اختصاص المشرع وحدة وليس للقاضى شأن في ذلك وكل ماله أن يطبق ما يضعه الشارع من نصوص في هذا الشأن فهذا المبدأ يضع حدا فاصلا بين اختصاص الشارع وأختصاص القاضى فالقاضى لا يستطيع أن يعتبر فعلا معيناً جريمة الا اذا وجد نص يجرم هذا الفعل (مبدأ شرعية الجريمة والعقاب) .

فاذا لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل الى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بانه مناقض للعدالة أو الاخلاق أو الدين أو ضار بالمجتمع أبلغ الضرر .

واذا تطلب الشارع توافر اركان معينة لاعتبار الفعل جريمة فالقاضي ملتزما بكل هذه الاركان .

وحيث يثبت خضوع الفصل لنص التجريم فلا يجوز للقاضي ان يوقع من اجله غير العقوبة التي حددها الشارع في هذا النص متقيدا بنوعها ومقدارها والمعاقب عليها .

وبانزال ما تقدم على التفسير الذي قرره محكمة النقض :

نجد أنه يؤدي الى امتداد نطاق النص الجنائي بحيث يشمل افعالا لم يجرمها الشارع .

لان الاهمية الاولى لمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات أنه ضمان لحقوق الافراد فمن يأتي فعلا لم يجرمه القانون - فإنه طبقا لهذا المبدأ في مآمن من المسؤولية الجنائية وليس في وسع السلطات العامة أن تلومه من أجل ما فعل .

واذا كان هذا المبدأ على هذا

النحو يحى غير المجرمين فهو يضع ضمانا للمجرمين كذلك اذ يدرأ عنهم احتمال توقيع عقوبة أشد مما هو مقرر وقت ارتكاب الفعل .

ولذلك فالتفسير الصحيح للنصوص الجنائية هو التفسير الذي يطابق قصد المشرع ويكشف عنه .

وبالرجوع الى النصوص القانونية الخاصة بالتزوير نجد أن المشرع حدد لكل نصا للتجريم نطاقا معين .

فحدد نطاقا لجريمة التزوير في الاوراق الرسمية ونطاقا اخر جريمة التزوير في الاوراق المصرفية . كما أنه حدد لكل منهما عقوبة مغايرة . كما وأن كل جريمة منهما تستقل عن الاخرى في اركانها وظروفها . فلماذا اذن الخروج عن قصد الشارع باضفاء صفة على فعل ولو بغير هذه الصفة .

وأنه لو أراد الشارع أنسحاب صفة الرسمية على المحرر الذي بدأ عرفيا لافصح عن قصده في نصوص التجريم الخاصة بالتزوير حيث يعنى المشرع ما يقول .

بما يصبح معه التفسير الذي قرره محكمة النقض في أحكامها

مخالفا لقواعد التجريم والعقاب ومخالفا أيضا لقواعد المسؤولية الجنائية .

ويقتضى ذلك اثبات ان من يسأل عن الجريمة قد صدر عنه سلوك يجعله طبقا للقانون فاعلا أو شريكا وأتجهت ارادته على نحو يقوم به الركن المعنوي .

وهذه القاعدة خرج عليها الشارع بصفة استثنائية في المسؤولية المفترضة .

ولهذه النصوص صفة الاستثناء البحت ومن ثم لم يكن التوسع في تفسيرها أو القياس عليها سائغا .

" نقض ١٨ مايو سنة ١٩٦٥ " مجموعة احكام النقض س ١٦ رقم ٩٨ ص ٤٨٢ " ولقد استقر قضاء النقض على ذلك .

فافتراض المسؤولية يجب أن يكون بنص القانون

مثال ذلك نص المادة ١٩٥ من قانون العقوبات بالنسبة للمسؤولية المفترضة لرئيس تحرير الصحف عملا ينشر في الجريدة التي يرأس تحريرها .

ذلك ان المسؤولية الجنائية في جرائم الصحافة والنشر بصفة عامة قد أتت على خلاف مبدأ شخصية

المسئولية الجنائية اذ هي مسئولية جنائية مفترضة رتبها القانون لتسهيل الاثبات في جرائم النشر .

الا أنه يتعين ملاحظة أنه لا يجوز التوسع في هذا الاستثناء أو القياس عليه فمن جهة يجب قصر تلك المسئولية المقرضة على من نص القانون عليهم بشأنها .

والتفسير هو تحديد المعنى الذي يقصده الشارع من الفاظ لجعله صالحا للتطبيق على وقائع الحياة .

وأن التفسير هو بحث عن معنى ارادة الشارع بالفاظ معنيه هي التي يتكون منها النص القانوني .

والتفسير من حيث مصدره ثلاثة أنواع تشريعي وقضائي وفقهي .

فالاول يصدر عن الشارع ويتخذ صورة النصوص القانونية ويستهدف تفسير نصوص سابقة قدر الشارع انها في حاجة الى التوضيح .

والتفسير القضائي يصدر عن القاضى وهو يفصل في واقعه معروضة عليه وهدفه تطبيق القانون على هذه الواقعة .

والتفسير الفقهي يصدر عن فقيه وهدفه توجيه النص الى تحقيق غرضه الاجتماعي كجزء من التنظيم القانوني .

وأهمية هذه التفرقة ان التفسير التشريعي - دون القضائي والفقهي ملزم ذلك أنه يتخذ شكل النصوص القانونية فتكون له قوتها واذا كان الاصل في التفسير القضائي أنه غير ملزم سواء بالنسبة للقضاء الذي أصدره فان الشارع قد ادخل على هذا الاصل استثناء عاما بانشاء المحكمة الدستورية العليا . ومؤدى هذا طبقا لنص م ٢٦ ، ٤٨ من قانون هذه المحكمة أن التفسير الذي يصدر عن المحكمة الدستورية العليا هو تفسير ملزم على خلاف الاصل وتفسير النص يمر بمرحلتين تحليل الفاظه وتحديد علته .

والاتجاه الثالث في الفقه والقضاء الفقهي بان تفسير النصوص الجنائية ينبغي أن يكون ضيقا ولكن هذا التعبير يعنى فرض بقدر تحكيمه على النشاط الذهني للمفسر .

والحقيقة أن هذه العبارة ثمرة المبالغة في تحديد المقصود بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات .

ويرى الدكتور / محمود نجيب حسنى وبعض الفقهاء أنه يجب الا يكون للمفسر هدف سوى لكشف عن قصد الشارع من الفاظ النص

وفي هذا قالت محكمة النقض:

أنه " يجب التحرز في تفسير القوانين الجزائية والتزام جانب الدقة في ذلك وعدم تحصيل عباراتها فوق بما لا يحتمل " .

نقض ١٨ مايو سنة ١٩٦٥
مجموعة احكام النقض ص ١٦ رقم
٩٨ ص ٤٨٢ .

ويفرض مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات قيда على أصول التفسير بالنسبة للنصوص الجنائية وهو مبدأ حظر القياس في تفسير نصوص التجريم .

ويعنى ذلك ان على المفسر لنصوص التجريم ان يقف في بحثه عند الحد الذي يتبين له فيه ان تفسيره قد يجعله يقول بجرائم أو عقوبات لم ينص عليها القانون .

فليس له أن يقيس فعلا لم يرد نص بتجريمه على فعل ورد نص بتجريمه محتجا بتشابه الفعلين أو يكون العقاب على الثانى يحقق نفس المصلحة التي يحققها العقاب

على الاول .

ولقد أستقر القضاء فى مصر وفرنسا ومحكمة النقض المصرية على التسليم بأن القياس فى تفسير النصوص التجريسي محظور .

فقد قررت محكمة النقض الفرنسية أنه لا يجوز للقاضى أن يسعى عن طريق القياس الى أكمال نقص القانون وتوقيع العقاب فى غير الحالات التى نص عليها الشارع .

وقررت محكمة النقض المصرية : " أن المقرر أنه لا عقوبة الا بنص يعرف الفعل المعاقب عليه ويبين العقوبة الموضوعة له . مما يقتضاه عدم التوسع فى تفسير نصوص القانون الجنائى وعدم الاخذ فيه بطريق القياس " .

نقض ١٩ مايو سنة ١٩٤١
مجموعة القواعد القانونية حـ ٥
رقم ٢٥٩ ص ٤٧١ .

نقض ٢٠ مارس سنة ١٩٥٦
مجموعه احكام النقض س ٧ رقم ١٢٢ ص ٤٢٢ .

نقض ٤ ديسمبر سنة ١٩٦٧
مجموعة احكام النقض س ١٨ رقم ٢٥٤ ص ١٢٠٨ .

نقض ٢٣ نوفمبر سنة ١٩٧٥
مجموعة احكام النقض س ٢٦ رقم ١٥٩ ص ٧١٨ .

نقض ١٦ اكتوبر سنة ١٩٧٨
مجموعة احكام النقض س ٢٩ رقم ١٣٧ ص ٦٥٩ .

ويرى الدكتور محمود الحبيب حسني والدكتور احمد فتحي سرور وبعض الفقهاء ان معيار التمييز بين التفسير الواسع وبين القياس هو دخول الحكم فى نطاق نص التجريم او خروجه عنه وتوضيحا لذلك " تقرر ان لنص التجريم نطاقا يحدده المفسر وفقا لما يراه مطابقا لقصد الشارع فان دخل الفعل فى هذا النطاق فان القول بتجريمه لن يكون على اساس القياس ولو حدد هذا النطاق على نحو متسع اما اذا سلم المفسر بخروجه عن هذا النطاق وقال مع ذلك بتجريمه طبقا للنص نفسه فذلك قياس محظور " .

فلماذا يتحمل الجنائى المسؤولية الجنائية عن فعل الغير ما دام هذا الفعل الاخير لم يكن يسعى من جانبه وبلا قصد وذلك نتيجة لتفسير فضفاض لمحكمة النقض يخالف القواعد السابق ايضاحها بالنسبة لتفسير النصوص الجنائية وقواعد المسؤولية الجنائية.

بالاضافه الي انه حتى فى الاطار العام لقواعد التجريم فى قانون العقوبات فان التفسير محكمه النقض يخالف هذه القواعد . طبقا لمبدأ عدم رجعيه النصوص الجنائية الموضوعية فان هذه القواعد لا تسري باثر رجعي على الافعال السابقة على صدور هذه القواعد .

وهذه القاعدة فى المجال الجنائى لا يحظى بمثلها فى غيره من المجالات وهى ليست مطلقة .

فالنصوص الاصلح للمتهم لا تخضع لها والنصوص التفسيرية لا تخضع لها لانها تلحق بالنصوص السابقة التى صدرت تفسيراً لها .

وهذه القاعدة لها أساسها فى مجال الفقه الجنائى الاسلامى فالشريعة الاسلامية لا تقرر عقابا لشخص الا اذا انذر سلفا .

قال تعالى " وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا " .

وقال تعالى " وما كان ربك مهلك القرى حتى يبعث فى أمها رسولا يتلوا عليهم آياتنا " .

وقال جل شأنه " لئلا يكون للناس على الله حجة بعد الرسل " .

ويقتضى تطبيق هذه القواعد ان يحدد وقت العمل بالقانون وان يحدد وقت ارتكاب الفعل..

ويتطبيق هذه القواعد على تفسير محكمة النقض بانسحاب صفة الرسمية على المحرر من وقت نشوئه بخلق مشاكل قانونيه عند التطبيق العملى .

مثال ذلك عند حساب بدء التقادم . هل يبدأ من وقت ارتكاب الفعل أو من وقت ثبوت صفة الرسمية .

وما الحكم اذا اكتملت مدة التقادم الخاصة بتزوير المحررات العرفية وهى ثلاث سنوات قبل أن يكتسب المحرر صفة الرسمية مادام ان هذه الرسمية تنسحب على المحرر من وقت نشوئه ، كما قررت محكمة النقض .

" الاستخلاص "

أنه لو أراد المشرع انسحاب صفة الرسمية على المحرر الذى بدأ عرفيا لأفصح عن قصده .

واذا كان الحس القانونى والذوق القضائى لا يريد التسويه بين من غير الحقيقة فى محرر ظل بعد التغيير عرفيا وبين من زور فى محرر انقلب الى محرر رسمى .

فان علاج هذا الأمر لا يقتضى الخروج بغير نص على المقرره . وينبغى علاجه فى اطار هذه النصوص .

ويتصور الدكتور عوض محمد أستاذ القانون الجنائى بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية علاج هذه المشكلة فىرى :

" أن الجنائى فى معظم الاحوال التى يتقلب فيها المحرر العرفى الزور رسميا يرتكب جريمتين ، وكل جريمة منهما تستقل عن الاخرى بفعلها رغم ما بينهما من ارتباط .

أما الجريمة الاولى ففعلها معلوم وأما الثانية فان فاعلها الاصلى هو الموظف العام . ولكنه يرتكب الفعل بتحريض عن قدم المحرر اليه ليعطيه الصفة الرسمية . فيكون الاخير شريك لفاعل حسن النية وهو الموظف العام . أو فاعلا معنويا للجريمة على الاختلاف المعروف فى هذا الخصوص ولهذا فان الموظف يكون مسئولا عن تزوير فى محرر رسمى اذا كان وقت تدخله عالما بما فى المحرر المقدم اليه من تزوير وكذلك فانه يتصور ان يكون من سعى لاكساب المحرر صفة الرسمية غير من باشر التزوير من قبل فيه .

فيسأل الاول عن تزوير فى محرر رسمى ويسأل الثانى عن محرر عرفى فحسب . وينبنى على ذلك أنه لا يكفى مجرد طرء الرسمية على المحرر العرفى لا اعتبار من غير الحقيقة فيه مسئولا عن تزوير فى محرر رسمى . بل ينبغى ان يقوم الدليل على أنه تدخل بارادته لكى يكسب المحرر هذه الصفة سواء بفعل ايجابى من جانبه كالسعى لدى الموظف المختص لتحقيق ذلك . أو سلوك مختلط كدفع المحرر الى التداول مع بقيته من أن ماله أن يصير رسميا . أو بسلوك سلبى بحت كترك الغير يسعى لاكساب المحرر هذه الصفة بغير سعى منه بل على غير ارادته ورغم اعتراضه فانه لا يسأل الا عن تزوير فى محرر عرفى " . وهذا رأى الذى قال به الاستاذ الكبير د / عوض محمد

ينطبق عليه ايضا الانتقادات التى وجهناها الى تفسير محكمة النقض . موضوع هذا البحث . ففيه خروج عن حدود التفسير الصحيح لقواعد التجريم ومخالفة لمبدأ شرعه الجرائم والعقوبات لانه بذلك يكون قد جرم فعل وحدد نطاقه وأركان لفعل لم يجرى ضمن التزوير .

القانونى بالنص على قاعدة تجريم تضاف الى نصوص التزوير فى قانون العقوبات تغطى هذه الاحتياجات القانونية وأن يتابع هذه التطورات التى تقتضيها الظروف الاجتماعية المتجددة .

وأن يلاحقها تشريعا بدلا من اللجوء الى تفسيرات خاطئة تخرج عن اطار القواعد القانونية المستقرة فى النظرية العامة للجريمة . المراجع القانونية :

ظروف المجتمعات السياسية والاجتماعية والاقتصادية . ونشيا مع الحكمة التى أدت الى هذا التفسير الذى قالته محكمة النقض المصرية ولما كان الحس القانونى والذوق القضائى ينفر من التسوية بين من غير الحقيقة فى محرر ظل بعد التفسير عرفيا وبين من غير الحقيقة فى محرر انقلب بعد ذلك رسميا .

لذلك نرى أن يتدخل المشرع

فقد حدد نطاق القصد الجنائى واشترط توافر رابطة السببية بين الفاعل فى التزوير العرفى وبين الفعل الذى أضفى صفة الرسمية على المحرر العرفى فهو بذلك يكون قد خرج عن قواعد التفسير الصحيح واستخدم القياس المحظور فى تفسير قواعد التجريم .

ولما كان القانسون الجنائى لا يتسم بالجمود وانما يجب أن تتمشى النصوص الجنائية مع

هوامش تزوير المحررات

(١) شرح قانون العقوبات القسم العام . د . نجيب حسنى

(٢) الجرائم المضرة بالمصلحة العامة د . عوض محمد

(٣) النظرية العامة للاثبات الجنائى . رسالة د / هلال عبد الله احمد

(٤) مجموعة أحكام النقض المكتب الفنى .

(٥) التزوير فى الأوراق طبعة ١٩٢٢ المشرع أحمد فتحى زغلول باشا .

(٦) الجرائم الصحفية أستاذ / شريف كامل

(٧) جرائم الفكر والرأى والنشر د / محسن فؤاد

(٨) نظرية الجريمة العقدية بالعقد د / جلال ثروت

(٩) النظرية العامة للظروف المشددة د / هشام ابو الفتوح

(١٠) النظرية العامة للقصد الجنائى د / محمود نجيب حسنى

(١١) النظام الجنائى د / عبدالفتاح خضر

نقابة المحامين - أمانة الصندوق

تعلن للسادة الأساتذة الزملاء المتأخرين عن سداد
الاشتراك السنوي حتى الآن أن يبادروا إلى السداد فوراً قبل
آخر يونيو سنة ١٩٩٠ تلافياً للاستبعاد من الجدول تطبيقاً للمادة ١٧٠
من القانون ١٧ سنة ١٩٨٣ ...

أمين الصندوق
(أحمد عوده)
المحامي



دنيا العدل

المحاماة

للسيد الأستاذ / عبد الرزاق شبيب

المحامي بالعراق

خاتمة المطاف
المحاماة .. في أزمة ١
المحامون ... في محنة ١

المحاماة .. كتب قيمة
للسيد الأستاذ / عبد الرزاق شبيب - المحامي بالعراق

لقد ساء حال المحاماه حتى
بلغت حد الازمة !!

وساء حال المحامين وأوشك على
المحنة !!

ويجدر بالباحث أن يتحرى
عوامل تلك الازمة وهذه المحنة -
لكي يصل الى موضوع الداء -
عله يجد له الدواء .

وفي الحق ان عوامل هذه الحال
كثيرة ، ومعقدة ، وترجع الى
عهود سالفة ، وأوضاع متكررة ،
وجذور عميقة ... يحتاج
اجتثاثها الى قدرة قادر !

ويمكن اجمال هذه العوامل في
المواضيع الآتية :-

١ - تخلف المجتمع عن النضج
الكامل :

فالمجتمع العراقي - وربما كل
المجتمعات العربية - متخلقة في
نضجها العام ، فهي في وضع
لا تقدر فيه مسئولياتها على

الوجه الصحيح ! وفي عالم المحاماه
بالذات لم تنضج بعد الفكرة
الصحيحة لتقدير أهمية المحاماة
وقيمة المحامي ... فالنظرة الى
المحاماة لم تزل نظرة ساذجة وفجة !
فالناس - كل الناس - في
المجتمعات الراقية ، لا يمارس
أحدهم عملاً قانونياً من غير أن
يلجأ الى المحامي : يستشير ،
ويستطلع رأيه ، قبل أن يقدم
على معاملة تجارية ، أو عقد
قانوني ، أو التزام أدهى !

وكل شركة تجارية ، بل كل
عائلة - لها مستشاران هما المحامي
والطبيب : الأول تستشير في
الأمور الحقوقية ، والثاني
تستشير في الأمور الطبية ...

وهذا النظام التويم ميدان واسع
تجد فيه المحامين موزعين - خارج
المحكمة ! - توزيعاً عادلاً ، يؤمن
لهم عيشاً مضموناً بكرامة واحترام
فهل نحن بلغنا هذه

المرحلة ؟ ياليت ؟

٢ - ضعف في الاخلاق :

وربما كان ضعف الاخلاق مصدر
أكثر الشرور !

فالناس لا يلجأون الى المحامي
التقدير ! في حل مشاكلهم !! وإنما
يهرعون الى المحامي ذي النفوذ !
بل ان بعضهم - فرداً أو شركة - له
محام عام يتجاوزه أحياناً فيعهد
بمشكلته الى محام آخر يتمتع بجاه
السلطة أو نفوذ سياسي ويدفع له
الاجر أضعافاً مضاعفة !! طمعاً في
نفوذه وأملاً في نجاح القضية !

وبعضهم يتحدى صديقه
المحامي في أمر غير ذي بال ،
ويعهد به الى محام ذي شخصية !
وباجر عال - لينال شرف التعرف به
في هذه المناسبة السعيدة !! .

وبعضهم أيضاً يلجأ مضطراً !!
الى شخص غير محام له صلة بذى
سلطان ليضمن له حل مشكلته !!

وبعضهم الآخر يلجأ الى ما هو
أحق من ذلك كله ! وهو الرشوة
الايحل بها مشكلته من غير محام
ومن غير ذى نفوذ !

وبعض المحامين - وهم أقلية -
جاؤوا الى المحاماه وهم غير أهل
لها ! فساء حالها لسوء حالهم !
وضعت ثقة الناس بالمحامين ...
لأن العمل السيئ يعم الجميع !
ولأن الاخضر يحترق عادة بسعر
اليابس كما يقولون !! وللناس
بعض العذر فى ذلك :-

ذلك ان المحاماه عمل نظيف ،
يقوم على التضحية ، والشرف !
ولا يجوز فى عرفها ما يجوز فى
عرف الصنعة التى تقوم على
الارتزاق وحده !! أنها نبيله
كالطب !

والنبيل لا يجوز استخدام كل
سلاح فى المعركة :- معركة الحق
فى عالم المحاماه ، معركة
الانسانية فى عالم الطب ..

ومع الأسف المرير أصبح البعض
يستخدم فى معركة الحق كل
الاسلحة التى توصله الى المادة !
ولو جاء عن طريق نحر الفضيلة ،
وتدنيس المحاماة !

هذا البعض يسعى لجلب الزبائن
ولو بواسطة الدالين !!

بخاصم زملاءه ، ويكيد لهم ،
ويحط من قدرهم - ليتغلب عليهم
فى ميدان المنافسة غير الشريفة !
يثير المشاكل للناس ،
وللمحامين ، وللحكام ، ولوزارة
العدل - فى سبيل مكسب قد
يكون تافها أو ربما حراما !

يتوكل فى الدعاوى الباطلة ،
ويعاون على تغليب الباطل - لكى
ينال رزقا هو الآخر باطلا !

يرتكب فى سير الدعوي كل
الموبقات - لكى ينجح فيها وينال
الاتعاب التى أشبه بالزقوم !

فكيف لا تضعف ثقة الناس
بالمحامين ، وكيف لا تعم المصيبة
الجميع ؟

هذه الحالات التى مردها ضعف
الاخلاق أو سوءها ! أفسد مجال
العمل فى المحاماة ، وأدى الى
الخلل فى قيم الفضيلة : فى
الكفاءة والجهد والاستقامة !

وأخيرا فقد العدل بين المحامين
واختل ميزان الرزق ، وأخذ البرئ
بذنب المجرم !

٣ - نقص فى نظام كلية
الحقوق : أن (باب) كلية الحقوق
مفتوح على مصراعيه ! يدخل فيه
من شاء بدون حساب ! ويلج
القادمون من كل فج عميق !
والادهى من ذلك كله هو أن كلية
الحقوق أصبحت الملجأ الاضطرارى
لمن لم تقبله الكليات الاخرى ،
فالطالب يلجأ اليها دون أن يكون
راغباً فى دراسة الحقوق !

أما نظامها فانه قد اعد
لا لتخريج المحامين ، وإنما
لحقوقيين وحسب ! مع انها
(العمل) الوحيد للمحامين !
وللحكام ! ولكل الحقوقيين ...

ولنأت على شئ من التفصيل
لهذه النقاط الاساسية :-

١- ان باب كلية الحقوق مفتوح
للجميع دون قيد أو شرط - وهذا
لا يجوز ! وانا لا أقصد بهذا ان
توصد باب الكلية دون الراغبين فى
طلب العلم ، ولا سيما علم
الحقوق .

بل على العكس من ذلك تماما ،
فانى اعتقد أن كثرة المثقفين
بالثقافة الحقوقية ، سبيل قويم من
سبل الاصلاح العام !

ولكنى أبحث الموضوع من وجهة نظر المحاماة فقط : فليس كل الداخلين في كلية الحقوق يرومون الاشتغال في المحاماة !

كما أن المحاماة ذاتها تحتاج الى حماية !! وعلاج !!

فينبغي أن يكون الحل على قدر ماله مساس بهذا الموضوع : ولى رأى قديم أبديته للنقابة منذ كنت نائباً لرئيس نقابة المحامين عام ١٩٤١ عندما عهد الى وضع مسودة لقانون المحاماة ...

فقد أبديت يومها اقتراحا بتحديد عدد الراغبين في مزاولة المحاماة وفق شروط معينة - فرفضته اللجنة الادارية يومها - خشية من مواجهة الحل الصحيح !! ولهذا فانى أعيده هنا مستكملا على ضوء ما استجد من رأى .

آ - يحدد الطلاب الراغبين في دخول كلية الحقوق لمزاولة المحاماة والقضاء فقط ، بعدد يتلائم وحاجة النقابة والقضاء . وهؤلاء ينتقون من بين الراغبين بامتحان شفوي ومشاهدة فعلية ! من قبل لجنة مشتركة من وزارة العدل ، وكلية الحقوق ، ونقابة المحامين .

ب - يعلن هذا النظام قبل موعد القبول في الكليات بمدة كافية ويحمل به من تاريخ نشره ، فلا يسرى بالطبع على الطلاب الموجودين في الكلية - لكيلا يحرموا من حقهم المكتسب .

ج - وبعد مرور اربع سنوات ، يأتى دور المتخرجين الجدد وفق هذا النظام ... عددهم معين ، وقابلياتهم ممتحنة منذ البداية !

د - وهكذا يتحدد عدد الوافدين على نقابة المحامين ، فلا تتعرض المحاماة الى أزمة يولدها عادة القانون الأقتصادي العام والقاتل : - أن كثرة العرض يؤدي إلى قلة الطلب :

٢ - وبالاخذ بالأقتراح السالف الذكر ينتقي الراغبون في الاشتغال بالمحاماة ، ويمتحن مؤهلاتهم الخاصة للمحاماة عند الدخول في كلية الحقوق وقبل أن يقدوا الى عالم المحاماة ، وتقع الكارثة !

٣ - وبذلك أيضا ينتقي شر الطريقة القائمة الان - وهي اتخاذ كلية الحقوق ملجأ للذين اوصدت بوجوههم أبواب الكليات الاخرى ..

ووجه الشر في هذه الطريقة هو

ان هؤلاء الطلاب ، لا يرغبون في الاصل بدراسة القانون وكانت نياتهم متجهة الي الكليات أخرى وعلوم أخرى : فهذا كان يرغب في الطب فسدت باب الطب دونه ! وذلك يتشوق الي فرع آخر من فروع العلوم فحرم منه ... هؤلاء الطلاب عندما يلجأون الي كلية الحقوق - اضطرارا - ومن غير ميل شخصي الي دراسة القانون ، يكملون دراستهم في كلية الحقوق من غير ولع في القانون ، ثم ينتمون الي المحاماة من غير ميل اليها .

وانعدام الميل الي المحاماه ، لا يؤهلهم بالطبع الى التفوق فيها ... وان عاشوا فيها مدة ما فانها لن تطول ! وهم حتما آخر الامر يتخذون المحاماة جسرا للوصول الى عمل آخر !!

وهكذا تستقبل المحاماة جيشا وتودع جيشا - وهو غير راغب في المحاماة ، وغير راغب في البقاء فيها طويلا - ولهذا فانه لا يبالى من العبث بها ! وعدم التقيد بواجباتها وآدابها .. ما دام هو ضيف عليها !!

ومن يدهى القول ان من زاول

عملا - عن بأس واضطرار ! عاث فيه فسادا !!

٤ - ان كلية الحقوق هي معمل الدولة ! في تخريج المحامين والحكام وموظفي الادارة ... وهؤلاء كلهم يأتون الى المحاماة ، من غير أن يعرفوا ماهي المحاماة ؟ ومن هو المحامي ؟ .

وهكذا يأتون الى عالم جديد يتيهون فيه !

أن الدراسة في كلية الحقوق هي دراسة نظرية ، لمبادئ عامة ! لادراسة عملية لمواجهة متطلبات حياة قائمة بذاتها : تتطلب توفر شروط معينة ، ومعرفة لامور أساسية خاصة ، واعداد لمواجهة العمل الجديد - في عالم المحاماه . فلا بد اذن من معالجة الوضع على ضوء الواقع المر .. الواقع الذي أثبت ان المحامي الناشئ لا يعرف ماذا يفعل ؟ ولا يعرف كيف ينظم عريضة دعوى ؟ ولا يعرف كيف يواجه المحكمة !! ولا يعرف كيف يواجه أعماله الاخرى . بل أن بعضهم لا يعرف حتى كتابة طلب بسيط الى نقابة المحامين يطلب فيه قبوله عضوا فيها ومنحه اجازة المحاماه !!

ولو كان نظام (المحامي تحت التمرين) معمولا به عندنا ، لكان الخطب ! اذ كان المحامي الجديد - في ظل ذلك النظام - يتلقى الدروس العملية ، والتمرين الفعلي - في مكتب المحامي الاستاذ وعلى يد محام قدير مجرب !

فكيف اذن يصبح المتخرج - في ظل الحالة القائمة - محاميا ؟

ولذلك - كما اقترحت على عميد كلية الحقوق في احدى المناسبات - يجب أن يوضع درس خاص لفن المحاماة ، يتولاه محام قدير : يدرس الطلاب دروساً عملية وينتقل بهم الى قاعات المحاكم ليشاهدوا كيف تجري المرافعات ؟ ويعقبوا بعض القضايا المهمة لمعرفة تطورها !!

ويعلمهم كيف يدرسون القضية وكيف يكتبون العريضة ؟ وكيف يترافعون في المحكمة ؟ وكيف يعقبون أعمال المحاماة ؟

٤ - عائلة ... اعضاؤها متناقرون !

المفروض في كل جماعة تجمعها رابطة واحدة ، أن يسودها نظام

العائلة ! يشعر كل فرد منها بروح الود والتعاون والاخلاص نحو زملائه الآخرين ، تماما كما يشعر نحو أفراد أسرته !

والمفروض في المحامين بوجه خاص ، انهم أقدر من غيرهم على تفهم هذه الروح والعمل على تنفيذها - بحيث تكون المؤسسة التي تضمهم - وهي نقابة المحامين - نموذجا لغيرها من المؤسسات الاجتماعية والمهنية ... ولكن مع الاسف ما كل ما يتمنى المرء بلركة !!

لقد كانت نقابة المحامين في أول عهدها - حقا - نموذجا لروح التألف والتوادة والتعاون ...

ثم تغيرت الدنيا ، واختلت المقاييس ، وضاعت القيم ...

١ - تغيرت الدنيا بشكل واضح منذ قيام الحرب الاخيرة ! قاتل الله الحرب !! وقاتل ما فيها من كوارث بشرية ، واقتصادية ، وخلقية ...

وبفعل الحرب تعددت النوازل ، وتوسعت المطالب ، وتغيرت المفاهيم ، وفسدت الاخلاق .. فتغلبت المادة علي الفن ، وساد

الطمع ، واختلت الموازين ...

وهكذا نشأ محامون اتخذوا
المحاماة (تجارة) حرة حالة انهما
(رسالة) كريمة !!

٢ - وبفعل كثرة المتخرجين في
كلية الحقوق - وقد بلغوا أخيرا
عدة مئات ١ ... زاد العرض وبقي
الطلب محدودا !! فازدادت بذلك
عوامل المنافسة والكفاح من أجل
العيش ... ففسدت كذلك الاخلاق
واختلت الموازين !!

٣ - وبفعل الازمة الاقتصادية
- التي تعقب الحروب عادة ١ -
ارتفعت الاسعار ، وتنوعت
الحاجيات ، فازداد الاغراء وقل
الموارد ١ وهكذا ضاقت سبل العيش
وتفشى عامل السوء !!

٤ - وبفعل المبادئ الوافدة ١
تغيرت النظرة الي المحاماة ١ والي
المحامي ١ واصبحت المحاماة
(صناعة) من الصنائع الاخرى يجوز
فيها ما يجوز في أي عمل هو
مصدر انتاج !! ثم ان القيم
الاخلاقية - في عرف تلك المبادئ -
- سخافات وجمود وتقاليد بالية !!
.. وعليه يجوز للمحامي ان
يرتكب كل عمل في سبيل العيش

١ وهكذا اختلت النظرة الي طبيعة
المحاماة !!

والمحامي ... من هو المحامي ؟
أليس هو (أداة) في هذه الآلة ؟
وجهازا من أجهزتها ؟ يجوز له ان
يفعل ما يشاء لتشغيل الآلة ؟

وليس هذا فقط . بل هناك ما
هو أفظع وأخطر ١ هناك كلمات
ينبغي أن (تصرف) للخصوم في
العقيدة السياسية - هي : رجعي ،
غير اديالي بورجوازي ، مأجور ،
عميل ١ وآخرها متأمر !!

هذه العوامل أدت الى نتيجتين
متلازمتين : -

الاولى - هي الهبوط في
مستوى المحاماة ، والسوء
لكرامتها ، والتشكيك في
نبلاها !!

الثانية - هي النفرة بين الزملاء
وعدم التعاون بينهم ، بل الاصح ان
يقال (الحرب) التي تجاوزت في
حدودها حدود الحرب الشريفة ١
وهكذا أصاب المحاماة خسف
وهوان !! - ليس من السهل
غسل عارهما ...

وهكذا قام بين الزملاء تنافر ،

وتناحر ، وخصام - ليس من السهل
زوالها !!

فكيف يمكن في هذا الجو القائم
صيانة المحاماة ؟

وكيف يمكن قيام التعاون
المطلوب بين المحامين ؟

٥ - نواقص في القانون الخاص
بالمحاماة :

أن قانون نقابة المحامين لعام
١٩٣٣ ما كان لواضعه ان يقدر
مجري الخطوب ١ وما كان في
حسابه أن يتصور الحال التي
بلغناها فعلا : ليتخذها الحيلة ١

وسواء أكان النقص في أساس
القانون ، أم كان النقص فينا ١ -
فالقانون كان ناقصا نقصا أساسيا ،
ثم حل محله في عام ١٩٦٠ قانون
المحاماة الجديد ، غير انه مع
الاسف الشديد لم يعالج هو الآخر
تلك المشاكل المستأصلة ١ وحسبي
هنا ان أذكر ما كان جوهرها منها
فقط : -

١ - لم يحدد القانون عددا
معينا للمحامين حسب استيعاب
المحاماه ، وحسب امكانية العمل ،
وحسب حاجة المدن العراقية إليهم

... بل فتح الباب امام كل متخرج ، وامام كل حامل شهادة حقوق ...

وهكذا امست المحاماة مفتوحة الحدود لكل حامل جواز سفر !!

٢ - لم يشترط القانون شروطا خاصة فيمن يروم مزاوله المحاماة ، تقتضيها طبيعة المحاماة ... فأصبح في استطاعة الشرير والسئ والفساد ، أن ينال اجازة المحاماة كغيره من الصالحين !!

٣ - لم يمنع القانون قبول من تلفظه المحاكم والدوائر الرسمية .. من المفصولين لسوء خلقهم أو لانعدام ذمهم أو لارتكابهم الموبقات .

وسأفرد فيما يلي بحثا خاصا بهذا الموضوع .

٤ - أن المحامى الذى يصبح وبالا على المحاماه ، يكون مدعاة لاهانة المحاماة واشمئزاز الناس منها لا سبيل الى الخلاص منه !!

وكل فئة أو جمعية أو نقابة أو حكومة !! تطهر جهازها بين حين وآخر ... الا نقابة المحامين !! فهي ليست مستثناة من هذه

القاعدة العملية الضرورية فقط ؟ وانما هي مقضى عليها أيضا أن تكون ملاذا لاولئك المنبوذين والمطرودين !!

٥ - وهكذا وعلى توالى الايام والسنين أصبحت نقابة المحامين ، ملجأ للمطرودين !! فما أعوز نقابة المحامين (إلى ذيل) لقانونها كذيل القانون الحكومى فى تطهير جهاز الدولة ؟ للخلاص من العناصر - ولا أقول المحامين ! - الفاسدة !! التى أساءت الى المحاماة ، والى المحامين ، أساءات بالغة ومهينة !!

٦ - ان أدب كل مهنة أو جماعة يحتم على كل عضو من اغضائها ان يحترم الهيئة التى تمثلها ، وينصاع لمقرراتها - ولا سيما اذا جاءت تلك الهيئة الى مركزها عن طريق الانتخاب الصحيح ، وفق المبادئ الديمقراطية ،تنفيذا لحكم القانون !!

أما فى نقابة المحامين فان الأقلية الضئيلة - والضئيلة جدا !! - لاتخضع لهذه القاعدة القانونية ، والديموقراطية ، والعالمية ... لانها تنظر الى نفسها نظرة الدولة المستقلة فى ضمن دولة المحامين !!

فهي لا تعترف !! بالنقابة ، ولا تعترف بمقرراتها !! ... بل تسمح لنفسها حتى بتحدى تلك المقررات والتفاخر بمخالفتها !

وهذا العمل الذى هو - بداهة - مخالف للقانون ، وهادم للديموقراطية !! يرتكب باسم الديموقراطية !! ولا علاج له فى القانون ...

فكيف اذن يمكن أن تتكون وحدة نقابية صحيحة ، تعاونية حقا ، بوجود جماعة من هذا القبيل ؟ وفى ظل قانون ناقص لا يعاقب على هذا الفعل الشائن ؟ .

٧ - أما نظام محاسبة المحامى عن اساءاته للناس ، وانتهائه لحرمة المحاماه - وهو لجان انضباط المحامين - فمن الحق أن أقرر الواقع فأقول انه نظام فاشل !!

أنه نظام بطئ ، وفاشل ، ولم يستطع حتى الان تأديب محام واحد اساء الادب عدة مرات !!

فيجب أن نتحرى عن أسلوب آخر لمحاكمة المحامى المذنب : أكثر جدية !! وأكثر جدوى !!

٦ - المتخرج فى كلية الحقوق -

المادة 104 من قانون العمل

المعاملة طويلاً ، والنتيجة هي
محبوب ، أنت لا تترك راحة
الوقت ، فأنت أحياناً تترك
هي بالذات ، هناك شيء أكيد : لأنه
كما قلت في فصل آخر أن هذا
الشخص لا ينتظر إلى المعاملة
نظرت إلى عمل أن عمله دينة له ،
وأنت سيمنى له فيه كيانه ، ويحصل
فيه على إبراز مرادف ليفوز
بالنجاح المطلوب . . . وأما هو يرى
نفسه قد حل في (محطة مؤقتة)
يضيع فيها بعض الوقت إلى أن
يحين موعد قدوم القطار . .
ليمتطيه متوجهها صوب
مستناه . .

فليس من شأنه اذن ان يعبا^ء
 بهذه المحطة المؤقتة ، وليس من
 داع الى التقيّد بأنظمتها وواجباتها
 وآدابها !! ولسان حاله يقول : ماذا
 يهمنى ١٩

٧ - نقابة المحامين ، ملاذ
المطرودين !!

يسئ بعض الحكام التصرف في
أعمالهم - فيضطر القضاء بين حين
 وآخر الى التخلص منهم - فيقذف
بهم خارج كرسى القضاء ! فأين
يذهبون ؟

یڈھیون ؟

بعض الموظفين التصرف
في أعمالهم بتبذير الحكومتة لهم
(ذيل) أحد الثوانين - وتبذيرهم
من دوائهم ! فأين يذهبون ؟

فكيف الحال إذا كان هذا
الشخص ، زاول الحمامة - بمفرده -
حيث لا رقيب ولا حسيب ولا فصل
ولا يحزنون ؟

فلماذا يفرض على تقابطة المحامين أن تكون ملجأ لهذا النوع

من المطرودين ؟ .

كنت مرة نائبا لرئيس نقابة المحامين وكنت أمارس أعمال النقيب ، فتقدم موظف مفصول من وظيفته لجرائم كثيرة لا يشكل مجموعها قائمة فقط وإنما شكل فعلا اضرار كبيرة !! فأبيت أن أسمح لنفسى باهانة المحاماة فى شخص هذا الموظف ... واتفقت معى لجنة ادارة نقابة المحامين على رفض قبوله عضوا فى النقابة ولكنه ذهب الى محكمة التمييز فجاء القرار يقول : - أن ما يمنع من الوظيفة لا يمنع من المحاماة !!

واظن ان هذا المنطق - رغم انه اجتهاد قضائى محترم - ينبغى ان لا يستساغ عندما ينظر الى الموضوع نظرة مصلحة ، أو كما جرى عليه الاصطلاح الجديد - نظرة موضوعية !!

أن صيانة المحاماة أعز من صيانة مصلحة شخص واحد أو أشخاص معدودين ، أساؤا لانفسهم وأساؤا للفضيلة !!

٨ - نواقص فى النظام القضائى :

لما كانت المحاماه جزءاً لا يتجزأ من القضاء ، فكل نقص فى القضاء يصيب المحاماة ، وكل نقص فى المحاماه يصيب القضاء ...

فى النظام القضائى المعمول به عندنا نواقص يكسب اجمالها فيما يلى : -

١- ضعف فى كفاءة بعض المحاكم : -

وسببه الطريقة الخاطئة فى اختبار الحكم ، فالكفاءة عندنا لا تقوم على أساس سليم ... بل حسب المحامى أن يعبر حدود بضعة سنين على تاريخ أجازته فى المحاماة - فيقال له أنه (مارس المحاماة) !! وكثيراً ما كان الواقع خلاف ذلك تماماً ...

وهناك طريق آخر لاختيار الحاكم هو الموظف الحقوى الذى مارس عملاً قانونياً !! ولو محصت هذا العمل القانونى لوجدته (ملائمة) أوراق فى المحاكم أو (كاتب أول) يستوفى الرسوم !!

هذه مشكلة مهمة جداً تحتاج الى علاج جذرى ...

فالحاكم غير الكفء يعقد أمور الناس ولا يحلها ، وإن حلها فالحل غير صحيح !!

والحاكم الذى يمر على المحاماة مر الكرام !! دون أن يمارس فعلاً أعمالها بجد ونشاط وكفاح !! ولم يقدر عظم الجهد الذى يبذله المحامى ، والمسئولية الملقاة عليه ... هذا الحاكم ينظر الى المحامى نظرة غير صائبة بل وجدت بعضهم ينظر الى المحامى نظرة حقده !! وهكذا تنشأ بينه وبين المحامين مشادات ونزاعات - تعطل حقوق الناس ، وتضر بالمحاماة ، وتسئ الى المحامين ...

٢ - رسوم المحاكم باهظة :-

من شأنها أن تحمل البعض من أصحاب الحقوق على الأحجام عن الذهاب الى الحاكم - وحسم قضاياهم بالطرق الأخرى اضطراراً .

أن الرسم البدائى ٣٪ كثير ، ومثله رسم الاستئناف كثيراً أيضاً ورسم التمييز ٢٪ كثير كذلك ... ان الذى يلجأ الى القضاء مضطراً الى تعقيب دعواه حتى تبلغ قطعيتها !! فهو مضطراً الى دفع هذه الرسوم كلها وأحياناً

تتكرر عدة مرات فى الدعوى الواحدة ، حتى يقرب من الخيال !! واليكم مثالا عمليا لا محل فيه للخيال ...

بقيم شخص دعوى بمبلغ ألف دينار - يدفع عنها بادئ الامر الرسم البدائى وقدره (٣٠) ينار فترد الدعوى شكلا !! ويهرع بالطبع الى محكمة الاستئناف ويدفع الرسم المذكور نفسه أى (٣٠) دينارا أخرى - فتفسخ محكمة الاستئناف الحكم البدائى - بداعى ان المحكمة أخطأت فى حكم الرد ، ولم تدخل فى أساس الدعوى !!

تعود الدعوى الى محكمة البداية وتنظر فيها - ثم تصر على قرارها الاول !!

فيعود المدعى الى محكمة الاستئناف مرة ثانية يدفع الرسم الاستئنافى (٣٠) دينارا من جديد !! ثم تفسخ محكمة الاستئناف الحكم البدائى وتطلب الى محكمة البداية العمل على تطبيق قرارها !!

وتعود الدعوى الى محكمة البداية - وهى لم تزل بعد خاما !!

- وبعد أن تتبع محكمة البداية القرار الاستئنافى وتدخل فى أساسا الدعوى - تقرر ردها من حيث الأساس !!

فيهرع المدعى للمرة الثالثة الى محكمة الاستئناف !! ويدفع الرسم المذكور (٣٠) دينارا للمرة الثالثة !!

وبعد أن تضع محكمة الاستئناف يدها على القضية وتنظر فيها تقرر هى بدورها تصديق الحكم البدائى ورد الدعوى !!

فيهرع المدعى فى هذه المرة الى محكمة التمييز - ويدفع الرسم التمييزى ٢٪ أى (٢٠) دينارا - ترى محكمة التمييز ان الرد غير صحيح - فتقرر نقض الحكم واعادته الى محكمة الاستئناف للنظر فيه وفق القرار التمييزى ...

تنظر محكمة الاستئناف فى الدعوى من جديد - فتقرر الاصرار على قرارها الأول !!

يعود (المسكين) مرة ثانية الى محكمة التمييز ويدفع الرسم

مجددا (٢٠) دينارا - فتجمع محكمة التمييز بهيئتها التمييزية العامة - لاصرار محكمة الاستئناف على حكمها الاول - فتقرر نقض الحكم الاستئنافى لبعده عن الصواب !! وتعود الدعوى الى محكمة الاستئناف - فتقرر من جديد لأسباب جديدة !! رد الدعوى !!

فيعود (البائس) مرة ثالثة الى محكمة التمييز ويدفع الرسم (٢٠) دينارا للمرة الثالثة !!

وهكذا قد تتكرر هذه الحالات ، ويدفع المدعى هذه الرسوم الباهظة مرارا وتكرارا ، ضف اليها رسوم الاعلامات واثمان الطوابع وأجور الخبراء ، والمصاريف القضائية الاخرى ... ناهيك عن الوقت المضاع !! والجهد المستمر !! والحق المتأرجح !!

أن الرسوم الباهظة عن الحق الواحد - فى كل مرحلة من مراحل القضاء !! يدعو الى التأمل !! ويدعو الى التماس الحل العادل !! فالقضاء ليس وسيلة من وسائل الارهاق أو الاستغلال أو التجارة !!

٣ - تعقيد الاجراءات يعطل

الحقوق :-

فى الحق أن قانون اصول المرافعات المدنية والتجارية ، قد اختزل كثيرا من التعقيدات ، وبسط فى الاجراءات ١١ الا انه مع هذا وذاك لم تزل فى القانون نواقص مهمة : على رأسها مشكلة التبليغات .

تطلب تبليغ شقيق المختار ، فيأيتك الجواب يختم المختار نفسه (لا نعرفه بدون رقم داره ١١) وتطلب تبليغ مدير عام لمصلحة مهمة بارزة ، فيأيتك الجواب (لا نعرفه ١١)

وتطلب تبليغ شخص فى دار معينة يصلها المبلغ ثم يأتيك بالجواب التالى (سافر الى الموصل ٠٠)

وتطلب تبليغ شخص بواسطة الشرطة وتبلغه فعلا ، ولكن يرسل التبليغ بدون تصديق من مأمور المركز ١١ وتطلب تبليغ شخص فيأبى التبليغ ، ويشرح المبلغ بأنه (استنكف عن التبليغ) غير انه لم يشهد عليه شاهدين كما يقضى بذلك اصول التبليغ ١١

وهذه الحالة تتكرر فى البداية

والاستئناف والتمييز ١١

ولو جئت على سرد كل الوقائع التى عطلت الدعاوى عدة شهور بل عدة سنين - من أجل التبليغ : لضجر القارىء أو لا يهمنى بالمبالغة - وما هى بالمبالغة ١١

أن مشكلة التبليغ هى مشكلة المشاكل ، وهى اكبر معطل لحقوق الناس ، وهى أفطع منفر للمحاميين فيجب أن تحل بالسرعة الفائقة ، وان يعين لها موظفون خاصون - لا فراشون - من خريجي الثانوية ، وتدفع لهم رواتب مناسبة لانقاذ القضاء ، من شرور التبليغات ١١

٤ - طرق الطعن فى الاحكام معقدة :-

وفى جملة هذه الاجراءات التى تسبب تأخير الحسم فى الدعاوى - ناحية أصولية عند مراجعة طريق الاستئناف أو طريق التمييز : ذلك أن محكمة الاستئناف هى من درجات المحاكم - عليها أن تبت فى الدعاوى الاستئنافية دون أن ترجعها مرة أخرى الى محكمة البداية - لاي سبب كان ١١

فهذا الجذب والدفع الوردان فى

مثالنا السابق - فى الدعاوى بين محكمة البداية ومحكمة الاستئناف ضياع للوقت لا داع له ١١

أنى أعتقد أن الدعاوى بعد تنتقل الى محكمة الاستئناف ، عليها هى أن تكمل النقص ١١ وتخوض هى فى الاساس وتحسم الدعاوى ١١

أما فى محكمة التمييز فليس لى ملاحظة بشأن النقص الاساسى الذى يتطلب اجراء مرافعة مجددة واستكمال نقص مهم لاحظته محكمة التمييز - غير أن هناك حالات لا داع الى ارجاع الدعاوى فيها الى محكمة الاستئناف . مثلا :-

حكمت محكمة البداية فى دعوى للمدعى فيها ، ثم استأنفها المدعى عليه (المحكوم عليه) ، ففسخت محكمة الاستئناف الحكم البدائى - وعكست النتيجة ١١ بأن حكمت للمدعى عليه وقررت رد الدعاوى ٠٠

وعند تمييز الحكم رأت محكمة التمييز أن الحكم البدائى صحيح فى أساسه يجب تصديقه ١١ فبدلا من أن تقرر هى مباشرة نقض

الحكم الاستثنائي وتصديق الحكم
البدائي - تقرر نقض الحكم واعادته
لمحكمة الاستئناف ، لتقرر هي
بدورها تطبيق القرار التمييزي
القاضي بتصديق الحكم البدائي !!
أنه تعقيد اوضياع للوقت لا مبرر
لهما !! .

أنا أعرف أن هناك فلسفة
قانونية ! تقول أن محكمة التمييز
هي ليست درجة من درجات
المحاكم ! وإنما هي محكمة نقض
وابرام فقط !! الخ ..

ولكني أقول ان الفلسفة القانونية ، تقابلها فلسفة قانونية أخرى !! وان المصلحة القضائية تقضي بتوسيع صلاحيات محكمة التمييز في هذه الحالات ، لتكون قراراتها عملية وحاسمة من أقرب سبيل !! وأقصر وقت !!

٥ - الحكام اقلاء والموظفون
أقل :-

ليس من المعقول أن يكلف
إنسان يعمل في القضاء ، بأن
يخسر خمسين أو سبعين دعوى
صلحية ، وثلاثين أو أربعين دعوى
بدائية في اليوم الواحد . .

ضف الى هذا الشئون القلمية

وقبول الدعاوى الجديدة ، ووضع
الحجوز وكل الاعمال الادارية
الاخري . صف الى هذا أيضا
الاعمال القضائية الاخرى التي
يمارسها الحاكم المنفرد في بعض
الاقضية والنواحى - وكل منها
يحتاج الى حاكم خاص : وهى
قضايا الاحوال الشخصية والقضايا
الجزائية ، والتنفيذ . الخ .

كيف يمكن انصافاً أن يطلب الى حاكم واحد يمارس كل هذه الاعمال - أن يتأصل فيها ويدرس كل قضية منها دراسة وافية ؟ ثم يصدر فيها حكماً صحيحاً ؟ ويقضى بقية حاجات الناس اليومية ، بانتظام ودون تأخير ؟ .

كذلك حال الموظفين التابعين للمحاكم : أنواع متنوعة من المشاكل والامور القلمية واعداد الاعلامات وطبعها - وتعقيب التبليغ للدعوتيات وللعلامات ... تطلب كلها من الموظف ؟ وأن ينجزها على وجهها الاكمل - في اليوم الواحد ؟ .

أن المحامين - وموكليهم - يعلمون كم تتأخر الاعلانات : فى اعدادها مسودة ا ثم مبيضة ا ثم طبعها ا ثم تصحيحها ا ثم

مصاريفها ! ثم توقيعها ! ثم
تبليغها ! ثم استلام ورقة التبليغ !
هذه السلسلة الطويلة التي تتأخر
أحياناً عدة شهور !! هي مرحلة
استلام الاعلام ، بعد أن صدر
الحكم البدائي !!

انها مشكلة من مشاكل القضاء
تؤدي في كثير من الاحيان الى
قضاء وقدر!

فيجب أن تعالج بما تتطلبه من
حكمة وروية !

أن الحاكم يجب أن لا يعطى
من الدعاوى والاعمال أكثر
من المعقول !! ويجب أن لا يرهق
بشكل لا يأتلف وما هو مطلوب
منه من درس وتأمل وحسم للنزاع
- بأسرع ما يمكن من الوقت ، وأقل
ما يمكن من الخطأ .

وكذلك جهاز الموظفين الذين
يمارسون أعمالا جساما ، يجب أن
تكون أعمالهم موزعة على قدر ما
يستطيع الموظف انجازه منها خلال
ساعات الدوام - فارهاق الموظف
إرهاق للناس أيضا !!

٦ - دائرة التنفيذ مقبرة
الاحكام: -

وبعد أن تنتهى مشكلة الدعوى ويصدر بها حكم قطعى قد يطول عدة سنين !! وبعد أن ينتهى استلام اعلام المحكم كاملاً بعد عدة شهور ... يتوجه صاحب الاعلام - ولا أقول الحق بعد أن أصبح الحق اعلاماً - يتوجه الى دائرة التنفيذ لخوض غمار حرب جديدة ! ربما تكون آخرها (دفن) الاعلام ومواراته التراب ... الى أن يبعث الله من فى القبور !!

فهناك تبدأ التبليغات من جديد ! وتمضى على كل تبليغ مدة قانونية جديدة ... وأقطع ما فى الأمر هو المدة الأولى ... اعنى بها مدة التبليغ بالاخبارية البالغة ثمانية أيام ... فإن الخصم الذى نازع عدة سنين ، ثم انتهى به المطاف إلى أن صدر ضده الحكم القطعى وبلغ به ... هذا الخصم يحتاج الى (علم) جديد بالاعلام ؟ (و) مدة (طويلة) لفهامه بمضمون الاعلام ...

الواقع انى لم افهم حتى الان (فلسفة) هذه المدة فى تبليغ الاخبارية بالتنفيذ ! وانتظار مدتها الطويلة ... ولو كان الامر مقتصرأ على هذه الايام الثمانية

لهان الامور ! ولكن هناك أموراً مهمة أخرى لها نظيرها ومنها : ..

أن صاحب الاعلام لا يستطيع ان يوقع حجراً اثر تنفيذ الاعلام ؟ لماذا ؟ لا أدري ؟ وتصور عمق الفلسفة هذه : صاحب ورقة عادية - قد تكون مزورة - فى استطاعته ان يوقع حجراً احتياطياً على مال يزعم انه يعود لمدينه !! ولكن صاحب الاعلام لا يستطيع ان يقوم بهذا الحجز فى دائرة التنفيذ - ويده سيف قاطع هو حكم قضائى !! ...

وهذه المسألة بالذات مكنت كثيراً من المدنيين من تهريب أموالهم خلال هذه الفترة ليحرموا المحكوم له من وضع الحجز عليها فوراً ...

وهناك مشاكل أخرى منها :

ان حكماً بتخلية المأجور - التى اعتبر القانون دعواه مستعجلة - يمر هو الآخر من مراحل التبليغ والتعقيد ! والاطالة ! وبعد ان تمضي على التنفيذ عدة شهور - يقرر حاكم التنفيذ امهال المحكوم عليه مدة لتخلية المأجور ، تمكينا له من ايجاد محل جديد !! وهكذا

يدخل الامر المستعجل ، كهوفا جديدة !! ويجتاز مراحل طويلة !! كأن المحكوم عليه بالتخلية لم يخبر حتى الان بأنه محكوم بالتخلية !! وان عليه ان يهيء له ملجأ جديداً ؟

ومنها أيضاً أن الحكم بالآلاف الدنانير يجسرى تقسيطه بعدة دنانير ، هى لا توازى تسديد الفائدة القانونية المحكوم بها ! فمتى ياترى دور السداد لاصل المبلغ ؟

ومنها أيضاً المخابرات الطويلة بين الدائرة والشركة المدنية - احتراماً لمقامها الرفيع !! التى أحياناً تؤدى الى ضياع كثير من الخطوات التى تترتب عليها نتائج قانونية - وسط هذه المخابرات والتعقيدات والاحترامات ... مع ان الشركة المدنية هى أولى من الاشخاص العاديين بأداء الدين دون مراوغة أو عرقلة أو مماطلة !! فان هى تشأ ان تفهم ذلك ، فان الاجراء القانونى السريع لكفيل بأن يفهمها !! فلماذا اذن التفريق بين مدين فرد ؟ ومدين شركة ؟

ومنها ما هو أقطع من ذلك كله : تكون دائرة الرسمية

محكومة بمبلغ تمتنع عن دفعه ١١
دائرة حكومية لا تطيع القانون ١
ولا ترضخ لسلطة القضاء ١

فم الحل ؟ الحل هو تعطيل
الحق ١١

ذلك أن دائرة التنفيذ لا تملك
سلطة قانونية تبيح لها حجز
صندوق الدائرة وأخذ المبلغ المحكوم
به عنوه - تنفيذاً لحكم القانون ١١

أنى اعتقد أن هذه مسألة
فطبيعة : وهى أن دائرة حكومية -
لا تحترم قضاء المحاكم ١١ ولا تنفيذ
أحكامها ...

ولهذا أجد بدهة أن لا محل
لحماية دائرة رسمية تستهين بسطوة
القضاء .. فيجب أن يعدل
القانون ويبيح لدائرة التنفيذ ،
تنفيذ الحكم جبراً - أسوة بالمدينين
الآخرين . وعلى الموظف المختص
تقع تبعة هذه الحالة المشينة -
بلا ريب - لسمعة الدائرة وسمعة
الحكومة ...

أن استحصال الحق المحكوم به
أقدس من مجرد المجاملة والاحترام
لمقام الدائرة ١١

ومنها آخر الأمر مشكلة تمييز

المقررات التنفيذية ١١ أن المدين
يستطيع دائماً أن يدفع ديناراً
واحداً - ليشل به عملية التنفيذ ١
وتعقيدها ١ وتأخيرها ... بدینار
واحد يستطيع أن يكرر عملية
التأخير عدة مرات - فكل قرار
يتخذه رئيس التنفيذ يستطيع
المدين تعطيله بدینار واحد ،
يدفعه رسماً لتمييز القرار ...
وتظل هذه العملية المعطلة للحق ،
والمعقدة للمعاملة ، والمشغلة
لمحكمة التمييز .. تكرر مرات لا
حدود لها ولا نهاية ١١

أنها مأساة قضائية ينبغي حلها
وسد هذا الباب دون الذين يماطلون
فى دفع حقوق الناس هامين ،
ليأخذ التنفيذ السليم والسريع
سبيله فى إيصال الحقوق الى
ذويها ...

٩ - مفاصد السياسة الخرقاء :

كان ديدن العهد البائد تشجيع
الرذيلة على الفضيلة ١ وتغليب
الباطل على الحق ١ ومساندة الدعاة
ولو كانوا مشعوذين ... وهكذا
انفتح باب الأفساد للاخلاق
وللضماير على مصراعيه ١ أمام
كل مخرب طامع ١ ومشعوذ دجال ١

وكنا نشاهد بعض المحامين
يتأبطون محافظهم ويلجئون أبواب
الوزارات والدوائر التابعة لها ...
يقضون المصالح من غير دعوى أو
مرافعة ١ ويحلون مشاكل الناس
من غير أن يواجهوا محكمة من
المحاكم ١ بل الأصح أن يقال أن
بعضهم كان يقضي أعماله
بالتليفون يكلم فيه زميله الوزير ،
أو المحسوب عليه من الموظفين -
وينتهي الأمر حالاً ويقضى اتعابه
الباهظة حالاً ..

والأدهى من ذلك أن رجال
العهد البائد كانوا يلاحقون المحامي
من خصومهم حتى فى رزقه ١١
يعرقلون شئونهم ، ويحبسون عنه
دعائى الحكومة ولو كانت الدائرة
المختصة تعتمد عليه لكفاءته
وثقتها به - ذلك عمل لا شك
مستهجن ١

وكانت هذه المآسى المستهجنة
تتكرر فى كل دور ووزارة
وانقلاب ١١ حتى جاءت الحرب
الآخيرة فأجهزت على البقية من
القيم التى يقوم عليها كيان الدولة
الديمقراطية الصحيحة ..

وخلال هذه الحقب الطويلة ،
والكوارث المتلاحقة - كانت

المؤامرات الاستعمارية المتكررة ،
يمهد لها بشظروف تخلق خلأفا
وتنتحل أسبابها انتحالا - لكى
تعلن الاحكام العرفية !!

وهات يا مفاسد اويا وساطات ا

وهكذا على توالى السنين
الطويلة التى عشناها فى ظل
الاحتلال !! والاستغلال !!
والضلال !! اختل ميزان العدل ،
واختل معه ميزان المحاماة ا
وأصبحت المحاماة تخرج من أزمة
لكى تدخل فى أزمة أخرى ...

١٠- استمرار الاحكام العرفية
الحالية شل المحاماة :

وبعد أن ولى ذلك العهد الاسود
اليفيظ ... وجاء يوم الثورة
المباركة - ثورة ١٤ تموز عام
١٩٥٨ - وأعلن فيه قيام
الجمهورية العراقية العزيزة ،
أعلنت الاحكام العرفية لسلامة
الثورة ، و سلامة الجمهورية .

وهذا أمر طبيعى تقتضيه
طبيعة الثورة ، وطبيعة قيام النظام
الجديد .

ولكن الاحكام العرفية - هى
دائما أحكام عرفية !! تعطل كثيرا

من القوانين ، وتشل القضاء
العادى عن عمله المعتاد ..
فيتعطل تبعاً لذلك عمل المحامين
الاعتيادي ايضا .

وكان المؤمل ان ينتهى حكم
الاحكام العرفية ، بانتهاء فترة
الانتقال فى يوم الجيش الباسل يوم
٦ كانون الثانى ١٩٦٠ - غير انها
لم تلغ ، وبقيت على استمرارها
منذ قيامها فى ١٤ تموز ١٩٥٨ .

نأمل أن تزول الأسباب الباعثة
على بقائها حتى الآن ، ليزول بذلك
عامل مهم من العوامل الباعثة
على اشتداد أزمة المحامين ا

* * *

كل هذه الاسباب والعوامل
والمؤثرات ، ادى قيامها - مجتمعة
- الى ما آل إليه حال المحاماة
اليوم : حال اشفاق وأسى ا

فمما يدعو الى الاشفاق حقا ان
تسرى :-

محامين قدامى قضوا فى
المحاماة عشرات السنين وكانوا فى
الطليعة - عاطلين عن العمل ا

محامين أكفاء يمتازون فى
خلقهم القويم ونزاهتهم الممتازة -

يعيشون عيشة كفاف ا

محامين امتازوا بالقدرة العلمية
فى عالم المحاماة وعالم القضاء -
يضيعون أوقاتهم بالجدل الفاضى ا
تغطية لحظهم الضائع !!

محامين أمضوا فى المحاماة
أكثر من ربع قرن - لا يملكون دارا
للسكنى ا

محامين صرموا أكثر عمرهم فى
المحاماة - ليس لهم من مورد
يضمن لأولادهم مستقبلا كريما ا

وما يدعوا الى الاسى حقا
ان ترى :-

محامين استغلوا عهد
الجمهورية الحبيبة ، كما استغل
الآخرون العهد البائد - فأثروا ثراء
ربما كان فاحشا ا ، دون أن
يحاسبوا على ثرائهم على غير
المشروع !!

ومحامين كانوا مطاوى النسيان
يرزوا فجأة للبيان ا فصار يشار
اليهم بالبنان !!

ومحامين جاؤا بعد الثورة
لا يملكون غير البدلة التى يرتدونها
أصبحوا يضاربون فى الاملاك ،
ويدفعون آلاف الدنانير على سبيل

ما يسمى (سرقة) !!

ومحامين آخرين ناجحين الآن !
لا يعملهم الجديد ! ولا بماضيهم
التقليد ! - وانما لانهم يحسنون
التفريع ، وامتكار الاندماج
للوطن !!

هذا المأسى والشروع التي اودت
بالمحاماة ، الى نهاية سعيدة ، من
الذل والمهانة ، عرضتها الى أزمة
مادة ، وخلقت للمحامين مهنة
معاشية - يجب على العهد الجديد
أن يوليها ما تستلزمه من علاج
حاسم !!

واذا صبح المنطق القائل ان تحديد
المشكلة - هو السبيل الاول

لحلها !!

نأنا حاولت بيدي ان احدد
مشكلة المحاماة ، ومشكلة
المحامين !! متوخيا التماس الجليل
السريع لهذا الشكل الكثير . . .

ان المحاماة في أزمة
، والمحامون في مهنة !! والجليل
السريع راجب متى !!

ان المحاماة الآن في أزمة : -
أزمة أخلاقية ، وأزمة اقتصادية ،
وأزمة قضائية !!

والمحامون الآن في مهنة : -
مهنة أخلاقية قلبت القيم
القانونية ، باتت مدعى مهنة
المحامين في سلبها

ومهنة اقتصادية عرضت
المحامين الى حالة لا تليق
بكراسيتهم ان سيادة القضاء وصيانة
استقلاله وكرامته - تستوجب كلها
اصلاح القضاء واصلاح
المحاماة منه .

أن هذا المهنة الجليلة تحتاج الى
(ثورة) قضائية !!

ونحتاج الى سيف بثار . يعمل
بالعدل والحكمة !! ليبتز النصوص
القانونية المعقدة لسير العدالة !!
وليبتز الاعضاء الفاسدة من جسم
القضاء ، وجسم المحاماة . . .

كما يعمل الجراح في بتره الساق
المعيبة ، من جسم المريض !!

ان المحاماة هي مهنة الحرية والكرامة
والكفاح في مختلف مناحي الحياة
ونفس كل زميل ومكاتب

شيخ المحامين المشهور له
الاستاذ الجليل مصطفى مرعي

١ السيد الأستاذ عصمت الهوارى - سكرتير التحرير - وكيل نقابة المحامين
أولاً : من قضاء المحاكم

٣ مبادئ النقض في المواد المدنية
ثانياً : الأبحاث

البطالة

٧٠ السيد الأستاذ / حسن شبرية - نقيب المحامين بالفيوم
أركان الحسبة

٧٦ السيد الأستاذ / بركات نوال محمد بدير - المحامي بالنقض
دور أجهزة الدولة في حماية المجنى عليه

٨٧ السيد الأستاذ الدكتور / زكى محمد النجار - أكاديمية الشرطة
التعذيب جريمة عالمية ضد حقوق الإنسان

٩٤ السيد الأستاذ / محمد شكرى عبد الفتاح - المحامي
حماية الحرية في مواجهة التشريع - دراسة في دستورية التشريعات المقيدة للحريات

١٠١ السيد الأستاذ الدكتور / وجدى ثابت غبريال - كلية الحقوق - فرع بنى سويف
حقوق الإنسان بين الفكر القانونى الوضعى والشريعة الإسلامية

١٢٤ السيد الأستاذ / محمود صالح العادلى - مدرس القانون - جامعة الأزهر
بحث في تزوير المحررات وما استقر عليه قضاء النقض في مصر

١٣٥ السيد الأستاذ أحمد جمعه شحاته المحامي بالنقض
المحاكمة - دنيا العدل

١٤٧ السيد الأستاذ / عبد الرزاق شبيب المحامي بالعراق

رقم الإيداع ٢١٤

دار وهبات للكتاب
ت : ٩٠٥٠٢٦ - ٩٢١٤٤٤

قالوا عن المحاماة

المحاماة في أسمى مظاهرها
تدافع عن الحق باعتباره فكرة - لا مهنة
وتتذود عن المظلومين أفراداً وجماعات *

المغفور له الأستاذ الكبير

مكرم عبيد

النقيب السابق

دار وهما للطباعة

ت : ٩٠٥٠٣٦ - ٩٢١٤٤٤



العددان الخامس والسادس - مايو ويونيه ١٩٩٠ - السنة السبعون

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ إِنَّمَا الْمُؤْمِنُونَ الَّذِينَ إِذَا ذُكِرَ اللَّهُ وَجِلَتْ قُلُوبُهُمْ ، وَإِذَا تُلِيَتْ عَلَيْهِمْ آيَاتُهُ زَادَتْهُمْ إِيمَانًا وَعَلَىٰ رَبِّهِمْ يَتَوَكَّلُونَ ﴾
صدق الله العظيم

دراسة وجيزة في شأن حالة الطوارئ

للاستاذ المستشار / عثمان حسين عبدالله
نائب رئيس محكمة النقض وعضو مجلس الدولة (سابقاً)

نظرية الشركة في الفقه الإسلامي

للاستاذ الدكتور / نجيب محمد بكير
أستاذ بقسم القانون جامعة حلوان

أحكام الأرض في الشريعة الإسلامية

للاستاذ المستشار / محمود الشربيني
نائب رئيس مجلس الدولة
وعضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

حقوق الانسان والحريات المتعلقة

بمصالح الأفراد المادية (دراسة مقارنة)

للاستاذ الدكتور / حسنى درويش عبد الحميد
المستشار بمجلس الدولة

الظعن بالنقض في المواد الجنائية

تعليق ودراسة مقارنة بنظام النقض الفرنسي
للاستاذ الدكتور / حسن علام - المحامى

على هامش قانون السلطة القضائية

للسيد الاستاذ / حسين محمد البسوى
المحامى

حدود مشروعية قانون العقوبات المصرى

في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية

للسيد الاستاذ / كمال عبد الواحد الجوهري - المحامى

قال صلى الله عليه وسلم :
لا هجرة بعد الفتح ، ولكن جهاد ونية ، وإذا استنفرتم فانفروا .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :
نعمتان مغبون فيهما كثير في الناس : الصحة والفراغ .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :
المؤمن القوى خير وأجب إلى الله من المؤمن الضعيف .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :
حُجِبَت النار بالشهوات ، وحُجِبَت الجنة بالمكاره .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :
عليك بكثرة السجود ، فإنك لن تسجد لله سجدة إلا رفعك الله بها درجة ، وحط
عنك بها خطيئة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :
من دُلَّ على خير فله مثل أجر فاعله .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :
من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه فقد أوجب الله له النار وحرَّم عليه الجنة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :
ليس الشديد بالصرعة ، إنما الشديد الذي يملك نفسه عند الغضب .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم .

يا عرب .. تعلموا صناعة القتال توهب لكم الحياة

هل أتاك نبأ هجرة اليهود السوفييت إلى فلسطين المغتصبة .. أولئك الذين جاءوا من أقصى الأرض دعماً للعصابات الإسرائيلية الغازية .. فالمجرمون قراصنة القرن العشرين يقتحمون بدنسهم كل محراب . فمالوا يعتقلون المسجد الأقصى وكنيسة القيامة .. ويقفزون على تعاليم السماء .. ويفرضون شريعة الغاب .. كل ذلك والأنظمة العربية تكلست حركتها في مواجهة هذا الغزو الجديد !! .

على الحكام العرب جميعاً أن يدركوا حجم هذا الخطر الذي ليس قاصراً على فلسطين المغتصبة وحدها ، وإنما هو خطر أفدح وأبشع مما يتوهمون .. عليهم أن يدركوا أنه إذا كانت الأحلام الإسرائيلية بالأمس قد حددت الوجود الإسرائيلي من النيل إلى الفرات ، فإن الغزو الجديد يحدد تلك الأحلام من المحيط إلى الخليج .. فكل أرض عربية صارت هدفاً إسرائيلياً .. ورغم هذا الخطر فإن الأنظمة العربية غائبة تصنع النضال على جدار الوهم .. !! .

إن الذين يستخفون بالغزو اليهودي الجديد لا يدركون أن ذلك الغزو هو إعداد لحروب جديدة لن يفلت منها سكان الكهوف أو القصور .. ولن يفلت منها بدو الصحراء أو أبناء الحضر .. فالذين ينازعون في أن الصراع العربي الصهيوني هو صراع وجود وليس صراع حدود واهمون .. إنهم لم يقرأوا من المواثيق الصهيونية ميثاقاً ، ولم يفتحوا من كتب العدو كتاباً ، ولم يغادروا طوال حياتهم سرداباً ، ولم يدخلوا من أبواب التاريخ باباً ، إنهم يرقدون في كهف الغفلة ، تحسبهم أيقاظاً وهم رقود ، يعيشون على هامش الزمن ويعتصمون بأرصفة التاريخ .. !! .

يا عرب .. اعلموا أنه لم يعد الصبر اليوم مفتاح الفرج ، وإنما القوة وحدها صارت هي المفتاح لكل نصر وفرج .. فاتقوا الله في عروبكم ، وتعلموا أنكم إذا تعلمتم صناعة القتال توهب لكم الحياة .

تقديم

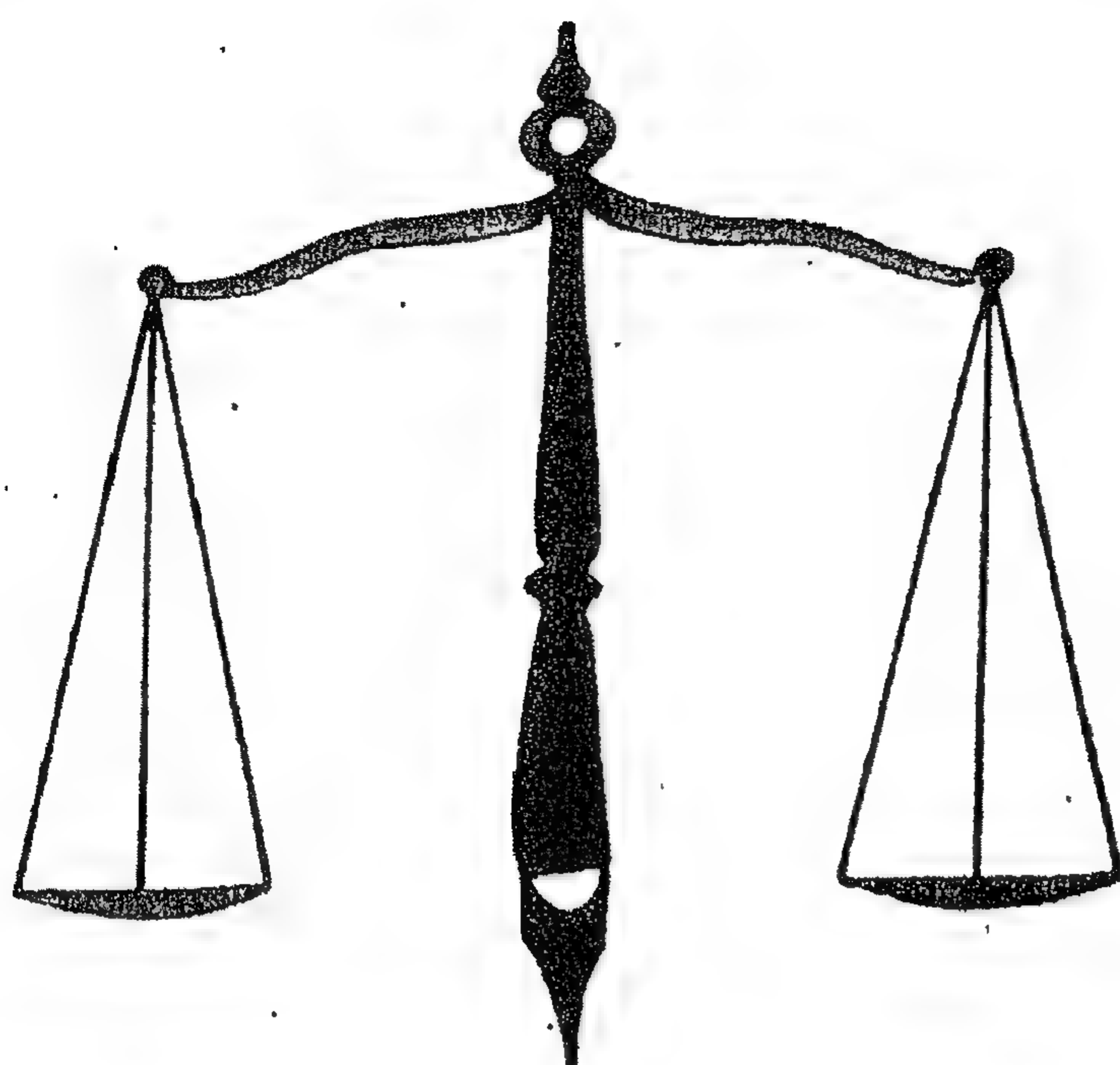
للسيد الاستاذ
عصمت الهوارى
المحامى
وكيل نقابة
المحاميين
وسكرتير التحرير

مصر والأمة العربية

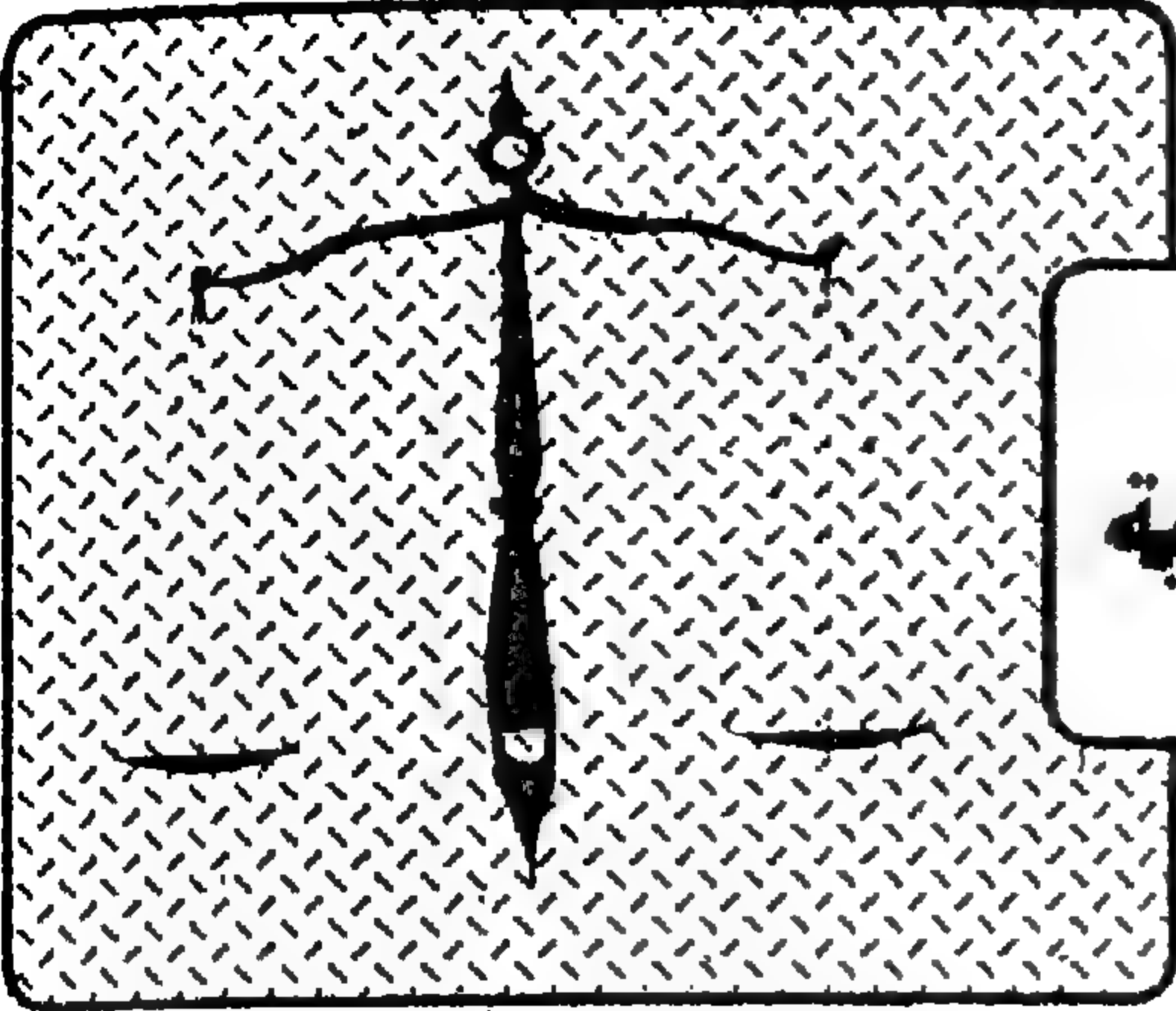
إن المصريين في ضمير الأمة العربية ، هم عقلها الذي يفكر ،
واللسان الذي يعبر ، واليد التي تضرب ، ومصر أيضاً في ضمير
كل عربي هي الأمة والرائد والمدرسة والمنبر .

من أقوال الأستاذ الجليل

النقيب أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



مبادئ النقض في المواد الجنائية

إجراءات

(أ) إجراءات التحريز :

إجراءات التحريز . تنظيمية . عدم ترتب
البطلان على مخالفتها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(ب) إجراءات التحقيق :

إختيار المحقق لمكان التحقيق متروك له
تقديره حرصاً على صالح التحقيق وسرعة
إنجازه .

(الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٠/٩/٢٠)

(ج) إجراءات المحاكمة :

١ - حق المحكمة في الاستغناء عن سماع
شهود الإثبات بقبول المتهم أو المدافع عنه ذلك
صراحة أو ضمناً .

(الطعن رقم ٤٢٥٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

٢ - وجوب بناء المحاكمة الجنائية على
التحقيق الشفوي الذي تجريه المحكمة في الجلسة
وتسمع فيه الشهود ما دام ذلك ممكناً . عدم جواز
الافتئات على هذا الأصل لأية علة مهما كانت إلا
بتنازل الخصوم صراحة أو ضمناً .

(الطعن رقم ٣٧٢٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٣ - وجوب أن يكون لكل متهم بجناية .
محام يدافع عنه . المادة ٦٧ من الدستور
- حتمية الاستعانة بمحام لكل متهم بجناية .
ليكفل له دفاعاً حقيقياً لا دفاعاً شكلياً . علة ذلك ؟

ثبوت أن الدفاع الذي أبداه المحامي المنتدب
عن الطاعن يقعد عن بلوغ الغرض منه . يبطل
إجراءات المحاكمة .

(الطعن رقم ٢٧٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٤ - النعي على المحكمة عدم اطلاعها على
حرزى النقود المضبوطة والتسجيلات
الصوتية . غير جائز . ما دام الطاعن لم يطلب
منها ذلك .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - العبرة في وصف الحكم هي بحقيقة
الواقع لا بما تذكره المحكمة عنه . وجوب
حضور المتهم بنفسه في الأحوال التي يكون
الحبس وجوبياً . جواز حضور وكيله في
الأحوال الأخرى .

حضور وكيل عن المتهم المحكوم عليه
بالغرامة أمام محكمة ثأني درجة يجعل الحكم
حضورياً جائزاً الطعن فيه بالنقض .

(الطعن رقم ٥٦٣٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - الطعن بالتزوير وسيلة دفاع خضوعها
لتقدير المحكمة . حد ذلك .

- تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى
موضوعي .

المحكمة هي الخبير الأعلى في كل ما تستطيع
أن تفصل فيه بنفسها أو الاستعانة بخبير يخضع
رأيه لتقديرها .

- طلب التأجيل لاتخاذ إجراء عدم التزام المحكمة بإجابته . رهن بعدم الحاجة إليه .

(الطعن رقم ٥٦٤٩ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ - الأصل بناء الأحكام الجنائية على التحقيق الذي تسمع فيه الشهود . عدم جواز الخروج على هذا الأصل إلا إذا تعذر سماعهم أو قبل المتهم أو المدافع عنه ذلك .

- الطلب الجازم . ماهيته .

- الاسترسال في المرافعة لا يجرم المدافع من العدول عن طلب سماع شهود أساس ذلك ؟ مثال .

(الطعن رقم ٣٩٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٧)

٨ - مناداة المتهم باسم خاطيء وعدم مثوله بالتالي أمام المحكمة . عذر قهري .

(الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

٩ - إصابة المتهم بعاقة في العقل بعد وقوع الجريمة . وجوب وقف إجراءات التحقيق أو المحاكمة حتى يعود إلى رشده ويكون في مكنته الدفاع بذاته عن نفسه والإسهام مع المدافع عنه في تخطيط أسلوب دفاعه . المادة ٣٣٩ إجراءات .

- إغفال الحكم دفاع الطاعن بإصابته بمرض عقلي طرأ بعد وقوع الجرائم المسندة إليه .

إخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٥٥٩٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

أحداث

١٠ - إيداع الحدث إحدى مؤسسات الرعاية الاجتماعية وإن كان تدبيراً إحترازياً إلا أنه عقوبة مقيدة للحرية لا تحتاج إلى تقديم كفالة من

الطاعن .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٢ - الحكم على متهم باعتبار أن سنه تجاوزت الثامنة عشرة . ثبوت عدم تجاوز هذه السن بأوراق رسمية . منوط برئيس النيابة رفع الأمر إلى المحكمة التي أصدرت الحكم . للقضاء بالغائه وإحالة الأوراق إلى النيابة العامة للتصرف فيها . أساس ذلك .

(الطعن رقم ٢٦٢٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/٢/١)

اختصاص

١ - الاختصاص المحلي :

الأماكن التي يتعين بها الاختصاص المكاني بنظر الدعوى . قسائم متساوية . المادة ٢١٧ إجراءات .

(عدم إستظهار الدليل على وقوع جريمة الإفلاس بالتقيد بدائرة المحكمة أو أن المتهم مقيم أو قبض عليه بها . قصور .

(الطعن رقم ٥٥٦٨ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

(ب) الاختصاص النوعي :

إختصاص المحاكم الجنائية . العبرة فيه بنوع الجريمة التي تهدد الجاني ابتداء .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

المعول عليه في تحديد الاختصاص النوعي ابتداء هو الوصف القانوني للواقعة كما رفعت بها الدعوى .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

اختلاس أموال أميرية

العقوبة المقررة لجريمة الاختلاس المنصوص عليها في المادة ١١٢ عقوبات

٢٣ / ٢ - عقوبات . ينظر إليه عند الحكم في الجريمة الكبرى بالعقوبة . دون البراءة . أساس ذلك ؟

- لا محل لأعمال الارتباط عند القضاء بالبراءة في إحدى التهم ولو كانت جنائية .
(الطعن رقم ٣٩٥٩ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

أسباب الإباحة وموانع العقاب

أسباب الإباحة : الدفاع الشرعى :

١ - حق الدفاع الشرعى عن النفس . شرع لرد أى اعتداء على نفس المدافع أو على نفس غيره .

- الدفع بقيام حالة الدفاع الشرعى . جوهرى . وجوب مناقشته في الحكم والرد عليه وإغفال ذلك . عيب .

- اتصال وجه الطعن بالمحكوم عليه . لم يقبل طعنه شكلاً . يوجب امتداد أثر نقض الحكم اليه .

(الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٢ - ثبوت التدبير للجريمة بسبق الاصرار عليها أو الميل لارتكابها وينتفى به حتماً موجب الدفاع الشرعى . علة ذلك .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

موانع العقاب : « العاهة العقلية » :

١ - المرض العقلي الذى تنعدم به المسؤولية قانوناً وفق المادة ٦٢ عقوبات هو الذى من شأنه أن يعدم الشعور والادراك . سائر الأحوال النفسية التى لا تفقد الشخص شعوره وإدراكه لا تعد سبباً لاتعدام المسؤولية .

(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

الأشغال الشاقة المؤبدة ; مقتضى ذلك .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

إخفاء أشياء مسروقة

- توافر أركان جريمة إخفاء الأشياء المسروقة . شرطه . أن يثبت فوق اتصال المتهم بالمال المسروق أنه كان يعلم علم اليقين أن هذا المال مسروق .

- مثال لقضاء محكمة النقض في الموضوع ببراءة المتهم من جريمة إخفاء أشياء مسروقة .
(الطعن رقم ٦٠٥٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/٥)

ارتباط

١ - مناط تطبيق الارتباط الوارد في المادة ٢/٣٢ عقوبات . إنتظام الجرائم في خطة جنائية واحدة بعدة أفعال يكمل بعضها البعض الآخر بحيث تتكون منها مجتمعة الوحدة الاجرامية التى عناها الشارع .

- تقدير قيام الارتباط . موضوعى .

قيام الطاعن وآخرين بسرقة شخصين مختلفين وفي زمانين ومكانين متغايرين . لا يتحقق به الارتباط .

(الطعن رقم ٤٠٥٩ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٣/٢)

٢ - الدفع بقيام ارتباط بين الدعوى المطروحة ودعوى أخرى منظورة بالجلسة ذاتها . دفاع جوهرى . على المحكمة أن تعرض له في حكمها . إغفال ذلك قصور .

(الطعن رقم ٥٢٢٣ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

٣ - الارتباط الذى تتأثر به المسؤولية عن الجريمة الصغرى طبقاً للمادة

٢ - تقدير حالة المتهم العقلية . موضوعي .
على المحكمة حتى يكون قضاؤها سليماً أن تعين
خبيراً للبت في هذه الحالة وجوذاً وعدمًا أو تورد
أسباباً سائغة لاعراضها عن ذلك .

تمسك المدافع عن الطاعن بسبق اصابته
بمرض عقلي . جوهرى - وجوب تحقيقه عن
طريق المختص فنياً أو الرد بما ينبغى ذلك
بأسباب سائغة - القعود عن ذلك يعيب الحكم .
(الطعن رقم ٥٥٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٣ - المرض النفسى لا يؤثر فى سلامة العقل
وصحة الادراك وتتوافر فيه المسئولية الجنائية .

- سلطة المحكمة فى تقدير القوة التدليلية
لعناصر الدعوى وهى الخبير الأعلى فى كل
ما تستطيع الفصل فيه بنفسها أو بالاستعانة
بخبير يخضع رأيه لتقديرها هى غير ملزمة
بإعادة المهمة لذات الخبير أو ندب خبير آخر فى
الدعوى ما دام استنادها إلى رأى الذى استندت
إليه هو إستناد سليم لا يجافى العقل والقانون .

(الطعن رقم ٥٧٧٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

استئناف

(أ) سقوطه :

١ - عدم تقدم المحكوم عليه بعقوبة مقيدة
للحرية واجبة النفاذ للتنفيذ قبل الجلسة . أثره .
سقوط الاستئناف المرفوع منه .

- عدم سريان ذلك عند سداد الغرامة المقضى
بها ابتدائياً . أساس ذلك .

- مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر .

خطأ فى القانون .

(الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٢ - عدم سقوط الاستئناف متى تقدم المحكوم
عليه بعقوبة مقيدة للحرية واجبة للنفاذ وقت النداء
على قضيته فى يوم الجلسة . أساس ذلك .

شمول المحكوم عليه أمام المحكمة الاستئنافية
وقضائها رغم ذلك بسقوط استئنافه . خطأ يوجب
نقض الحكم .

(الطعن رقم ٣٠٠٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

(ب) نطاقه :

استئناف الحكم القاضى بعدم جواز المعارضة
يقتصر فى موضوعه على هذا الحكم وحده دون
الحكم الابتدائى موضوع المعارضة . أساس
ذلك ؟

(الطعن رقم ٨٣٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

(ج) نظره والحكم فيه :

١ - عدم استئناف النيابة العامة الحكم
الابتدائى الغيابى الذى قضى بالغرامة والتصحيح
واستئنافها الحكم الصادر بالبراءة والمعارضة
التي قرر بها الطاعن وحده ليس للمحكمة
الاستئنافية وقد اتجهت للادانة أن تقضى عليه بما
يجاوز الجزاء المحكوم عليه به غيابياً . علة
ذلك . حتى لا يضار بناء المعارضة التي
رفعها .

(الطعن رقم ٥٦٢٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - استئناف النيابة دون النيابة أثره عدم

لسبب من أسباب الإباحة أو لعدم وجود القصد أو لأحوال خاصة به .

- صفة القاضي أو عضو النيابة ليست من الأحوال التي تمنع من معاقبة الفاعل لكي تحول دون رفع الدعوى عليه إلا بعد إذن . إقامة الدعوى الجنائية على الشريك غير ممتنعة .

- القضاء بعدم قبول الدعوى الجنائية بالنسبة لمن لا يشترط الحصول على إذن مجلس القضاء الأعلى لتحريك الدعوى الجنائية ضده - خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ في جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

٢ - إدانة الحكم الطاعن بجريمة الاشتراك في الاختلاس يوجب إستظهار عناصر هذا الاشتراك وطريقته وبيان الأدلة على ذلك من واقع الدعوى وظروفها .

مجرد قيام الطاعن الثاني بالاشتراك مع الطاعن الأول في تقديم المستند المزور الى المختصين لا يقيد في ذاته المساهمة في جريمة الاختلاس .

عدم بيان الحكم ما يدل على توافر المساهمة في مقارفة جريمة الاختلاس . قصور .

نقض الحكم في تهمة يوجب نقضه بالنسبة لما ارتبط بها من تهم أخرى .

(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)

٣ - عدم استظهار عناصر الاشتراك وطريقته في جريمة الاستيلاء على أموال

جواز تغليظ العقوبة المقررة بها عليه . علة ذلك ؟

العبرة في تشديد العقوبة أو تخفيفها هي بدرجة العقوبة في ترتيب العقوبات .

قضاء محكمة أول درجة بنوعين من العقوبة « الحبس والغرامة » لا يجوز للمحكمة الاستئنافية زيادة مقدار الغرامة وان انقصت عقوبة الحبس . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٦٤٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ - الغاء المحكمة الاستئنافية الصادر من محكمة أول درجة بمعاقبة المتهم بعقوبة الجنحة باعتبار أن الواقعة جنائية رغم أنه المستأنف وحده . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٦٠٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٤ - تشديد العقوبة المحكوم بها ابتدائية . بناء على استئناف المتهم وحده . خطأ في القانون . (الطعن رقم ٦٢٣١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

استئناف وتعريف

التعريف . لم يرسم القانون له صورة خاصة لمحكمة الموضوع أن تأخذ بتعريف الشاهد على المتهم .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

اشتراك

١ - معاقبة الشريك بالعقوبة المقررة للجريمة . واجب . ولو امتنع ذلك على الفاعل

أميرية . قصور .

ذلك . وأساسه ؟

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

مثال : لتسبب معيب لحكم بالادانة في جريمة تسهيل الاستيلاء على أموال أميرية .

(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

إصابة خطأ

العقوبة المقررة لجريمة التسبب خطأ في إصابة أكثر من ثلاثة أشخاص هي الحبس وجوباً - المادة ٣/٢٤٤ عقوبات .

العقوبة المقررة لجريمة عدم التزام الجانب الأيمن من نهر الطريق هي الغرامة التي لا تقل عن عشرة جنيهات ولا تزيد عن خمسين جنيهاً . المادة ٧٤ من القانون ٦٦ لسنة ١٩٧٣ المعدل .

العقوبة المقررة لجريمة قيادة مركبة آلية بحال ينجم عنها الخطر هي الغرامة التي لا تقل عن خمسين قرشاً ولا تزيد على مائة قرشاً المادة ٧٧ من القانون سالف الذكر .

اعمال المادة ١/٣٢ عقوبات والقضاء بعقوبة واحدة عن الجرائم الثلاث يقضى بالحكم بالعقوبة الأشد المقررة لجريمة إصابة أكثر من ثلاث أشخاص وهي الحبس وجوباً - قضاء الحكم المطعون فيه بتغريم المتهم مائة جنيه . خطأ في القانون - يوجب نقض الحكم وتصحيحه بالقضاء بتأييد الحكم المستأنف .

(الطعن رقم ٦٧٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣٠)

إعدام

١ - وظيفة محكمة النقض في شأن الأخطاء الصادرة بالإعدام ذات طبيعة خاصة . مؤدى

٢ - قبول عرض النيابة العامة للدعوى المقضى فيها حضورياً بالإعدام ولو تجاوزت الميعاد المقرر في القانون . أساس ذلك ؟ (الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ - إثبات تاريخ تقديم مذكرة النيابة في القضايا المقضى فيها حضورياً بالإعدام . غير لازم . علة ذلك ؟

- إتصال محكمة النقض بالدعوى المحكوم فيها بالإعدام . بمجرد عرضها عليها . (الطعن رقم ٦١٧٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٤ - عدم جواز عرض النيابة العامة للحكم الصادر بالإعدام من محكمة أمن الدولة العليا . طوارئ . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٠٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/١)

إعلان

- وجوب إعلان المتهم لشخصه أو في موطنه . مكان العمل ليس موطناً يجوز الإعلان فيه .

(الطعن رقم ٣٨٨٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

امتناع عن تنفيذ حكم

إعلان الصورة التنفيذية للحكم المنفذ به إلى الموظف المختص المطلوب اليه تنفيذه . شرط لانطباق المادة ١٢٣ عقوبات . علة ذلك ؟

الدفع بعدم إعلان السند التنفيذي . جوهرى . عدم مواجهته والرد عليه . قصور .

(الطعن رقم ٣٤٥٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٩)

أمر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى

الأمر بعدم وجود وجه لاقامة الدعوى الجنائية . جواز إستنتاجه من أى تصرف أو إجراء يدل عليه . لا يصح إعتراضه أو أخذه بالظن مخالفة ذلك . خطأ فى القانون .
(الطعن رقم ٦٨٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

إيجار أماكن

١ - مؤدى نص المادة ٢٣ من القانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ؟

- قيام المالك ببيع الوحدة المؤجرة لغير مستأجرها . لا تأثيم . أساس ذلك ؟

مثال :

(الطعن رقم ٤٦٢٠ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

٢ - دفاع الطاعنة بتجاوز وكيلها حدود وكالته بتأجيرها العين للمجنى عليه . وتقاضيه منه مبالغ خارج نطاق العقد . جوهرى .

إستناد الحكم بالادانة إلى سريان التعاقد فى حق الطاعنة دون مواجهة دفاعها ذاك . قصور .

(الطعن رقم ٥٦٣٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - لمالك المبنى المنشأ اعتباراً من تاريخ العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ تقاضى مقدم ايجار لا يجاوز أجره سنتين طبقاً للشروط الواردة بالمادة السادسة منه .

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٤ - الحد الأقصى لمقدم الايجار الذى يجوز لمالك المبنى تقاضيه وفق أحكام اللائحة التنفيذية للقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ ؟

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٥ - إغفال حكم الإدانة فى جريمة تقاضى

مقدم ايجار تحديد الأجرة الشهرية وتاريخ بدء العلاقة الإيجارية ومستوى البناء . قصور .

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٦ - عقوبة الرد من العقوبات المقررة لجريمة تقاضى مقدم ايجار .

جزاء الرد يدور مع موجبه من بقاء ذمة المؤجر مشغولة به حتى الحكم عليه .

- إغفال الحكم إحتساب قيمة الأجرة التى

استأداها المؤجر مقابل انتفاع المستأجر بالعين المؤجرة حتى تاريخ الحكم فى الدعوى . وإلزامه

الطاعن برد مقدم الايجار جميعه دون خصم الأجرة تلك . خطأ .

(الطعن رقم ٣٠٧٥ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

بلاغ كاذب

١ - جريمة البلاغ الكاذب . ما يجب لتوافرها ؟

- وجوب أن يعنى الحكم باستظهار الدليل على

قصد إذاعة ما أسنده المتهم للمدعى بالحقوق المدنية . وأن يدل على توافر علمه بكذب البلاغ

ويستظهر قصد الاضرار .

(الطعن رقم ٥٧١٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢ - أمر الحفظ الصادر من النيابة العامة

لا تنقيد به المحكمة عند نظرها جريمة البلاغ الكاذب . أساس ذلك ؟

- العبرة فى كذب البلاغ أو صحته بحقيقة الواقع .

- اكتفاء الحكم فى اثبات كذب الوقائع المبلغ

عنها الى مجرد القول بحفظ الشكوى ادارياً وأن

شهود الواقعة لم يسعفوا الشاكى فى اثبات

إدعائه . دون أن يعنى ببيان أقوال هؤلاء الشهود

ووجه دلالتها . قصور .

(الطعن رقم ٣٠٢٩ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

بنسبة

صحة الحكم بالغرامة طبقاً للمادة الأولى من القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ . مشروطة باستظهار أن قيمة أعمال البناء تزيد على عشرة آلاف جنيه . (الطعن رقم ٥٢٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

تبديد

١ - قيام الاختلاس المعد تبديداً معاقباً عليه . رهن بانتقال خيازة الشيء إلى المختلس وأن تصبح يده يد أمانة وأن يختلس ما أؤتمن عليه . (الطعن رقم ٨٣٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

٢ - ما يتطلبه تحقق القصد الجنائي في جريمة خيانة الأمانة ؟

- العبرة في ثبوت قيام عقد من عقود الائتمان . بحقيقة الواقع .

- خلو الحكم من بيان ركن التسليم والقصد الجنائي . قصور .

(الطعن رقم ٨٤٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

تجريف أراضي زراعية

تسوية الأرض الزراعية دون نقل أية أتربة منها لا يعد تجريفاً عدم استلزامه ترخيصاً . أساس ذلك ؟

مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر . خطأ في القانون .

(الطعن رقم ٣٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

تزوير

١ - شرط الادانة في جرائم تزوير المحررات : أن يعرض الحكم لتعيين المحرر

المقول بتزويره وما انطوى عليه من بيانات والا كان باطلاً . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٢٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٢)

٢ - بيانات الحكم بالادانة في جريمتي الاشتراك في تزوير محرر رسمي واستعماله ؟ مجرد تقديم الطاعنة الأوراق المزورة إلى مصلحة الجوازات عدم كفايته . لثبوت اشتراكها في التزوير وعلمها به .

(الطعن رقم ٣٠٢١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٣)

٣ - كفاية أن يكون تغيير الحقيقة في التزوير المعاقب عليه . من شأنه أن يتخذ به بعض الناس .

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٢)

٤ - تحدث الحكم صراحة واستقلالاً عن كل ركن من أركان جريمتي التزوير والتقليد غير لازم . مادام قد أورد من الوقائع بما يدل عليه .

- القصد الجنائي في جرائم التزوير والتقليد . موضوعي . تحدث الحكم عنه صراحة وعلى استقلال . غير لازم ما دام قد أورد ما يدل عليه .

مثال : التدليل سائق على توافر علم الطاعن بالتزوير وتقليد الخاتم الموضوعي عليه .

- الجدل الموضوعي لا تجوز إثارته أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٥ - إثارة الطاعن جهله بالقراءة والكتابة لا أثر له على مسئوليته عن جريمتي اشتراكه في التزوير وتقليد الخاتم اللتين قارفهما . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

السلطة .

- الخطأ الذي يقع من الأفراد عموماً في الجرائم غير العمدية . توافره بتصرف الشخص تصرفاً لا يتفق والحيطة التي تقضى بها ظروف الحياة العادية .

- الضرر في جريمة المادة ١١٦ مكرراً ب عقوبات ماهيته . شروطه ؟ .

(الطعن رقم ٢٧١٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٢ - تمسك الطاعن بأن فتح الاعتماد للعميل تم بموافقة اللجنة المختصة وأن حسابات العميل وقت منحه الاعتمادات كانت تسمح بذلك وأن ضرر البنك مرده هرب العميل إلى خارج البلاد . دفاع جوهرى التفات الحكم عنه . قصور واخلال بحق الدفاع . .

- إتصال وجه الطعن الذى ينشأ عليه النقض بالطاعن الثانى يوجب النقض والاحالة بالنسبة اليه أيضاً عملاً بالمادة ٤٤ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٢٧١٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

تعذيب

سكوت القانون عن تعريف معنى التعذيب البدنى وعدم اشتراطه له درجة معينة من الجساماة . تقدير توافره . موضوعى .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

تعويض

١ - الضرر المادى . تعريفه ؟

- الضرر الأدبى اتساعه لكل ما يصيب مصلحة غير مالية للمضرور . بيان ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - قضاء الحكم بعقوبة تدخل فى حدود

٦ - تأثيم التزوير فى المحرر الرسمى ولو كان المحرر باطلاً شكلاً .

(الطعن رقم ٤٢٢٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٧ - مجرد تغيير الحقيقة بطريق الغش فى الأوراق الرسمية بالوسائل التى نص عليها القانون يتحقق به تزويرها وينتج عنه حتماً ضرر بالمصلحة العامة .

- الباعث على ارتكاب جريمة التزوير فى أوراق رسمية ليس ركناً من أركانها .

(الطعن رقم ٤٢٢٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٨ - الدفع بتزوير الشيك . جوهرى . وجوب تمحيصه لتعلقه بتحقيق الدليل . القعود عن ذلك يعيب الحكم .

(الطعن رقم ٥٧٣٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

٩ - الطعن بالتزوير وسيلة دفاع . خضوعها لتقدير المحكمة . جد ذلك ؟

تقدير القوة التدليلية لعناصر الدعوى . موضوعى المحكمة هى الخبير الأعلى فى كل ما تستطيع أن تفصل فيه بنفسها والاستعانة بخبير يخضع رأيه لتقديرها .

طلب التأجيل لاتخاذ إجراء . عدم التزام المحكمة بإجابته رهن بعدم الحاجة اليه .

(الطعن رقم ٥٧٣٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)

التسبب بإهمال فى الحاق ضرر جسيم بأموال الجمة

١ - جريمة المادة ١١٦ مكرراً ب عقوبات . أركانها . خطأ . وضرر وجسيم ورابطة سببية بينهما .

- الخطأ الجسيم . يوفره الإهمال فى أداء الوظيفة والاخلال بواجباتها وإساءة استعمال

« إذن التفتيش . تنفيذه » :

١ - صدور أمر بتفتيش شخص . لمأمور الضبط القضائي تنفيذه أينما وجده . ما دام في دائرة اختصاص مصدر الاذن ومنفذه .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - التفتيش المحظور قانوناً . ماهيته ؟

- دخول المنازل تعقباً لشخص صدر أمر بالقبض عليه وتفتيشه لا بقصد تفتيشها . جائز .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

تقديم

- تحديد المادتين ١٥ و ١٧ من قانون الاجراءات الجنائية للاجراءات التي تقطع التقديم .

سريان مدة تقديم جديدة من يوم انقطاعها وإذا تعددت الاجراءات التي تقطع التقديم . سريان تلك المدة من تاريخ آخر إجراء .

- مضى ثلاث سنوات من تاريخ التقرير بالاستئناف الى يوم نظره . دون اتخاذ أي إجراء قاطع للمدة . أثره . إنقضاء الدعوى الجنائية بالتقديم .

(الطعن رقم ٣٢٢٧ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

تقرير التلخيص

١ - تقرير التلخيص . مشتملاته ؟

تقرير التلخيص من الاجراءات الجوهرية . عدم وصفه كتابة يعيب الحكم ويبطله . لا يغني عن ذلك قراءة أحد الأعضاء صفة المتهم ونص الحكم الابتدائي .

- عدم وجود تقرير تلخيص بأوراق الدعوى . مفاده . قعود المحكمة عن وضعه ولو

العقوبة المقررة لجنحة الضرب البسيط باستعمال أداة المؤثمة بالمادة ٢٤٢ - ١ ، ٣ من قانون العقوبات والتي لا يلزم لتوافرها حدوث جرح أو نشوء مرض أو عجز نتيجة له كفايته للحكم بالتعويض المؤقت . أساس ذلك ؟

جدل الطاعن بشأن التقارير الطبية وفساد استدلال الحكم بها على قيام رابطة السببية بين الضرب والعاهة . لا يجديه ما دامت العقوبة المقضى بها عليه تدخل في حدود عقوبة الضرب البسيط .

(الطعن رقم ٥٨٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

تفتيش

التفتيش بإذن : « إذن التفتيش . إصداره » :

الأصل في الإذن بالتفتيش أو تسجيل المحادثات أنه إجراء من إجراءات التحقيق . متى يصح إصداره ؟

(الطعن رقم ٣٥٥٧ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٧/١١/١١)

ذكر الاختصاص المكاني مقروناً باسم وكيل النيابة مصدر الاذن بالتفتيش . غير واجب .

(الطعن رقم ٣٨٨٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

- تقدير جدية التحريات منوط لسلطة التحقيق تحت إشراف محكمة الموضوع .

صدور الاذن بالتفتيش استناداً الى ما جاء بالتحريات من اتجار المتهم بالمخدرات والاحتفاظ بها في سكنه وسيارته . الادعاء بأن الاذن صدر عن جريمة مستقبلية غير صحيح .

(الطعن رقم ٤٩٥٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

تقدير جدية التحريات وكفايتها لإصدار إذن التفتيش موضوعي .

(الطعن رقم ٦٢٦٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

تلبس

١ - سلطة مأموري الضبط القضائي في أحوال التلبس بالجنايات والجناح المعاقب عليها بالحبس لمدة تزيد على ثلاثة أشهر . القبض على المتهم الحاضر الذي توجد دلائل كافية على اتهامه . حقه في تفتيش المتهم كلما جاز القبض عليه قانوناً . أيًا كان سبب القبض أو الغرض منه المواد ٣٤ و ٣٥ و ٤٦ إجراءات .

- تفتيش المتهم قبل ايداعه سجنه القسم . صحيح .

- مثال لتسبب سائق في الرد على الدفع ببطلان التفتيش .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٢ - التلبس حالة تلازم الجريمة ذاتها لا شخص مرتكبها .

- المادة ٣٤ إجراءات بعد تعديلها . لا تجيز القبض على المتهم إلا في أحوال التلبس .

- إثبات الحكم أن التفتيش الذي أجراه مأمور الجمرك كان تفاقداً لطلب ضابط مكافحة المخدرات . دون أن يقوم في نفسه هو فطنة التهريب . يعيبه .

(الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٣ - وجود مظاهر خارجية تنبئ عن ارتكاب جريمة . كفاية ذلك لقيام حالة التلبس - بصرف النظر عما يسفر عنه التحقيق أو المحاكمة .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٤ - تقديم المتهم . طوعية واختياراً قطعة من المخدر إلى الضابط والذي عليه شراءه . تتوافر به حال التلبس .

(الطعن رقم ٦٢٦٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

ورد في حكمها على إستيفائه . لو لم يجحد هذا البيان عن طريق الادعاء بالتزوير .

(الطعن رقم ٣٨٠٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)

٢ - وجوب وضع أحد أعضاء الدائرة المنوط الحكم بها الحكم في الاستئناف . تقرير متضمن ملخص وقائع الدعوى وظروفها والأدلة فيها والمسائل الفرعية التي رفعت والإجراءات التي تمت . المادة ٤١١ إجراءات .

- وجوب تلاوة تقرير التلخيص قبل أي إجراء آخر ولو كان قد سبق تلاوته إبان المحاكمة الغيابية وإلا كان الحكم باطلاً . أساس ذلك ؟

- المعارضة في الحكم الغيابي . تعيد القضية لحالتها الأولى . بالنسبة إلى المعارضة . أثر ذلك ؟

إشارة الحكم إلى تلاوة التقرير بعبارة غامضة . لا يبين فيها صفة من وضع التقرير وصفة من قام بتلاوته . لا تعصمه من البطلان . مثال .

(الطعن رقم ٥٤٠ لسنة ٥٩ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

تقليد

- العبرة في جرائم التقليد بأوجه الشبه . لا بأوجه الخلاف .

- إغفال حكم الادانة في جريمة تقليد أختام . بيان ماهية الأختام الصحيحة والأختام المزورة . إكتفاء بما أورده من مغايرة الأحكام الميصوم بها على المحررات المضبوطة للأختام الصحيحة . قصور . علة ذلك ؟

- نظرية العقوبة المبررة . متى يمتنع تطبيقها ؟

(الطعن رقم ٣٨٩٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٥ - تقدير توافر أو عدم توافر حالة التلبس موضوعي . ما دام سائغاً .

(الطعن رقم ٦٢٦٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

تهريب جمركي

العقوبة المقررة لجريمة تهريب البضائع الأجنبية بقصد الاتجار أو الشروع أو على حيازتها بقصد الاتجار مع العلم بأنها مهربة الحبس مدة لا تقل عن سنتين ولا تجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تقل عن ألف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه .

(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

حجز

١ - الحراسة في الحجز لا تنتهي إلا بانتهاء الحجز لأي سبب من الأسباب القانونية . كبيع الأشياء المحجوزة أو الحكم في دعوى الاسترداد بملكية الأشياء المحجوزة للمسترد أو بحكم قاضي التنفيذ بناء على طلب الحارس . جنى المحصول ولو كان بأمر المحكمة . لا يترتب عليه انتهاء الحراسة . امتناع الحارس عن تقديم الشيء المحجوز عليه يوم البيع أو الإرشاد عنه يكفي لاعتباره مبرراً .

(الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٥/٣٠)

٢ - اعتبار الحجز كأن لم يكن بنص القانون دون حاجة إلى صدور حكم به إذا لم يتم البيع خلال ثلاثة أشهر من تاريخ توقيعه دون وقف مبرر . المادة ٣٧٥ مرافعات .

- وجوب تمسك المدين باعتبار الحجز كأن لم يكن . باعتباره جزاء مقرر لمصلحته . وإلا سقط الحق فيه .

- الدفع باعتبار الحجز كأن لم يكن لعدم اتمام البيع خلال ثلاثة أشهر . جوهرى . وجوب

تعرض المحكمة له اغفال ذلك . قصور .

- اثارة الدفاع أمام محكمة أول درجة . يصبح واقعاً مسطوراً بأوراق الدعوى . مطروحاً على محكمة ثانية درجة .

(الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٢٦)

حجز شخص بدون وجه حق

جريمة حجز شخص بدون وجه حق . لا عبرة فيها بالباعث .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

جريمة

العبرة في تحديد نوع الجريمة هو بمقدار العقوبة التي رصدها الشارع لها .

(الطعن رقم ٢٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

جمارك

- حق موظفي الجمارك في التفتيش داخل الدائرة الجمركية أو في حدود دائرة الرقابة الجمركية . شرطه ؟

- عدم اشتراط توافر قيود القبض والتفتيش المنظمة بقانون الاجراءات الجنائية . حد ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

حكم

(أ) إصداره :

١ - النطق بالحكم تخرج به الدعوى عن حوزة المحكمة . يمتنع معه عليها العدول عنه ولو كان باطلاً أو مبنياً على إجراء باطل . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٢ - النطق بالحكم . وجوب تمامه بحضور القضاة الذين اشتركوا في المداولة . حصول مانع

أساس ذلك . المادة ١٣ من القانون ١٢٤ لسنة ١٩٨٣ .

- عدم بيان الحكم المكان التي ضبطت بها آلة الضخ . قصور .

(الطعن رقم ٥٥٦٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢ - بيانات حكم الادانة . المادة ٣١٠ إجراءات إشارة الحكم الى رقم القانون الذي طلبت النيابة تطبيقه . لا يغنى عن ذكر مواد القانون .

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٣ - حكم الادانة . وجوب تبيانه مضمون كل دليل من أدلة الثبوت وذكر مؤداه وإلا كان باطلاً .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(هـ) ما لا يعيب الحكم في نطاق التسبب :

١ - الخطأ في الاستناد لا يعيب الحكم ما لم يتناول من الأدلة ما يؤثر في عقيدة المحكمة .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٢ - حرية القاضي الجنائي في تكوين اقتناعه من أي دليل له مأخذه في الأوراق . تزيد الحكم فيما لم يكن بحاجة اليه . لا يعيبه .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٣ - عدم التزام المحكمة بالرد على كل دليل . عند القضاء بالبراءة ورفض الدعوى المدنية .

(الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٤ - تناقض رواية الشهود في بعض تفاصيلها لا يعيب الحكم متى استخلص الادانة منها بما لا تناقض فيه .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

لدى أحدهم . وجوب توقيعه مسودة الحكم . مخالفة ذلك . أثره . بطلان الحكم .

- مثال .

(الطعن رقم ٣٧٧٢ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

() بيانات الديباجة :

- خلو الحكم من تاريخ إصداره يطله . أساس ذلك ؟

- تأييد الحكم المطعون فيه للحكم الابتدائي الباطل . استتالة البطلان اليه . لا يغير من ذلك اشتغال محضر الجلسة على هذا البيان .

(الطعن رقم ٦١٤٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

(ج) بيانات التسبب :

١ - عدم رسم القانون شكلاً خاصاً يصوغ فيه الحكم بيان الواقعة .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - وجوب استكمال الحكم بذاته شروط صحته ومقومات وجوده . عدم جواز تكملة ما نقص فيه من بيانات جوهريّة بأى دليل غير مستمد منه أو بأى طريق من طرق الاثبات .

(الطعن رقم ٦١٤٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

(د) بيانات حكم الادانة :

١ - الحكم بالادانة . وجوب اشتغال حكم الادانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة الادانة . المادة ٣١٠ إجراءات .

- مناط التأثيم في جريمة حيازة أو استعمال آلات رفع المياه مقصور على حيازتها أو استعمالها داخل أو على شاطئ البحيرات .

٥ - الخطأ في الاسناد لا يؤثر في منطق الحكم . لا يعيبه . مثال .

(الطعن رقم ٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - المحكمة غير ملزمة بالتحدث في حكمها . إلا عن الأدلة ذات الأثر في تكوين عقيدتها .

(الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

٧ - اختلاس . تزوير أوراق رسمية ، موانع العقاب . عقوبة « الاعفاء منها » .

- إنطواء الحكم على قرارات قانونية خاطئة . لا يعيبه . حد ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٧٧٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

(و) « تسببه تسبب معيب » :

١ - تجهيل الحكم . لأدلة الثبوت في الدعوى . غير جائز . عدم بيان الحكم لمضمون السند المتخذ كدليل على التبريد . يعيب الحكم بالقصور .

(الطعن رقم ٣٦٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/١٨)

٢ - وجوب إقامة أحكام الادانة في المواد الجنائية على الجزم واليقين .

(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)

٣ - إستناد القاضي الجنائي في ثبوت الحقائق القانونية الى الدليل الذي يقتنع به وحده . عدم جواز تأسيس حكم على رأى غيره . مثال .

- للمحكمة التعويل في تكوين عقيدتها على التحريات باعتبارها مقرررة لما ساقته من أدلة التحريات لا تصلح وحدها لأن تكون قرينة معينة أو دليلاً أساسياً على ثبوت الجريمة .

- استناد الحكم على عقيدة جعلها الشاهد من تحريه لا على عقيدة استقلت المحكمة بتحصيلها

بنفسها قصوراً يعيبه .

(الطعن رقم ٢٤٢١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٤ - بيانات حكم الادانة ؟ المادة ٣١٠ إجراءات .

- إغفال حكم الادانة إيراد مضمون الأدلة التي استند اليها في قضائه . قصور .

القصور له الصدارة على وجوه الطعن المتعلقة بمخالفة القانون .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - إقامة الحكم قضاءه على ما ليس له أصل في الأوراق . يبطله .

- مثال .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٦ - وجوب بناء الأحكام في المواد الجنائية على الجزم واليقين .

بيانات حكم الادانة ؟ المقصود من عبارة « بيان الواقعة الواردة بالمادة ٣١٠ إجراءات ؟ » .

افراغ الحكم في عبارات عامة معناه أو وضعه في صورة مجملة لا يحقق غرض الشارع من استيجاب تسبب الأحكام .

(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٧ - إحالة الحكم المطعون فيه الى حكم سبق نقضه سواء في تحصيله وقائع الدعوى أو في أسبابه يعيبه . علة ذلك ؟

- اتصال وجه النعي بغير الطاعن يوجب النقض بالنسبة لهم أيضاً . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٠٦٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

٨ - تصريح الحكم في أسبابه بوقف تنفيذ عقوبة الحبس المقضى بها على الطاعن وقضاؤه

(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٣)

٣ - يحق الدفاع . ما لا يوفره . نقض
« أسباب الطعن . ما لا يقبل منها » .

حسب الحكم ايراد الأدلة المنتجة والتي تحمل
قضاءه . تعقب المتهم في كل جزئية من دفاعه .
غير لازم . الجدل في سلطة محكمة الموضوع .
عدم قبوله أمام النقض .

(الطعن رقم ٣٦٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٦)

٤ - تناقض أقوال الشهود لا يعيب الحكم
ما دام قد استخلص الادانة من أقوالهم
استخلاصاً سائغاً لا تناقض فيه .

الجدل الموضوعي في تقديم الدليل . لا يجوز
أمام النقض .

(الطعن رقم ٢٧٩٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)

- إسناد الحكم للطاعن وحده ارتكابه الجريمة
على خلاف أمر الاحالة من ارتكابه الجريمة مع
آخر - قضى ببراءته . لا يعيبه . علة ذلك ؟
(الطعن رقم ٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٦ - عدم تقرير القانون شكلاً خاصاً لصياغة
الحكم . كفاية أن يكون مجموع ما أورده الحكم
مؤدياً الى الواقعة بأركانها وظروفها .

(الطعن رقم ٢١٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٧ - كفاية ايراد الحكم الأدلة المنتسبة التي
صحت لديه على ما استخلصه من وقوع الجريمة
المسندة الى المتهم كي يتم تدليله ويستقيم
قضاؤه . تعقب كل جزئية من جزئيات دفاع
المتهم لا يلزم مفاد التفاته عنها إن أطرحها .

(الطعن رقم ٢١٨٨ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٨ - تطابق أقوال الشهود ومضمون الدليل
الفني . غير لازم . كفاية أن يكون جماع الدليل
القولي كما أخذت به المحكمة غير متناقض مع

بعقوبة الغرامة في المنطوق . تخاذل .

(الطعن رقم ٧٤٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٩ - تبديد منقولات زوجية - تبديد
محجوزات .

- وجوب بناء الأحكام على أسس صحيحة
من أوراق الدعوى وعناصرها استناداً للحكم الى
واقعة لا أصل لها في التحقيقات . يعيبه .

- تقديم الطاعن للمحاكمة عن تهمة تبديد
منقولات مسلمة اليه على سبيل عارية الاستعمال
في حين جرت إدانته بجريمة تبديد منقولات
محجوز عليها .

- مفادة خلو الحكم من بيان الأسباب
المستوجبة للعقوبة . أثر ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٢٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

١٠ - استدلال الحكم بالادانة في جريمة نقل
مخدر بقصد الاتجار على كبر الكمية المضبوطة
وما قرره شاهد الاثبات دون بيان ما إذا كان
الطاعن ينقل تلك المواد بقصد الاتجار أو بغير
ذلك . قصور .

(الطعن رقم ٦١٩١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(ح) تسببيه . تسبیب غیر معيب :

١ - لا يعيب الحكم اغفاله الرد على دفع
ظاهر البطلان وبعيد عن محجة الصواب .

(الطعن رقم ٦٨٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

٢ - ايراد الحكم ما أثاره الدفاع عن الطاعن
من وجود تناقض بين الدليلين القولي والفني غير
لازم ما دام ما أورده في مدوناته يتضمن الرد
على ذلك الدفاع .

- عدم التزام المكمة بمتابعة المتهم ومناحي
دفاعه المختلفة والرد عليها على استقلال . أساس
ذلك ؟

- الأخطاء غير المادية . عدم جواز الرجوع في شأنها إلى ذات المحكمة التي أصدرت الحكم . أساس ذلك ؟

- الحالات التي يجوز فيها للمحكمة العدول عن حكمها ؟ المواد ٢٤٢ إجراءات و ٨٦ و ٩٩ و ١٠٤ مرافعات و ٩ من قانون الإثبات .
(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

خطف

- ابعاد الأنثى عن مكان خطفها باستعمال طرق احتيالية أو أية وسيلة من شأنها سلب ارادتها وحملها على موافقة الجاني لها . كفايته لتحقيق جريمة المادة ٢٩٠ عقوبات .

- مساواة القانون بين الفاعل والشريك في تلك الجريمة . اعتبار المتهم فاعلاً أصلياً فيها سواء ارتكبها بنفسه أو بوساطة غيره . ما دام قد ثبت مساهمته فيها .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

خلو رجل

- القواعد المتعلقة بالاختصاص في المواد الجنائية من النظام العام . مؤدى ذلك ؟

- صدور حكم من محكمة عادية عن جريمة تقاضى خلو رجل في ظل القانون ١٠٥ لسنة ١٠٨ بشأن اختصاص محاكم أمن الدولة دون سواها لتلك الجريمة مخالف للقانون لصدوره من محكمة غير مختصة .

(الطعن رقم ٣١١٨ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

خيانة أمانة

جريمة خيانة الأمانة . يشترط لقيامها أن يكون التسليم بمقتضى عقد من عقود الائتمان الواردة المبينة بالمادة ٣٤١ عقوبات . العبرة في

الدليل الفنى تناقضاً يستعصى على الملاءمة والتوفيق .

(الطعن رقم ٢٤١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٩ - خطأ الحكم في تسمية أقوال المتهم إقراراً . لا يعيبه طالما لم يرتب عليها وحدها الأثر القانوني للاعتراف .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

١٠ - عدم التزام المحكمة بالرد صراحة على أوجه الدفاع الموضوعية استفادة ذلك من الحكم بالادانة . مثال .

(الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

١١ - عدم تقرير القانون شكلاً خاصاً لصياغة الحكم . كفاية أن يكون مجموع ما أورده الحكم مؤدياً إلى الواقعة بأركانها وظروفها .

(الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٣)

(ط) حجية الحكم :

الحجية لا ترد إلا على المنطوق . شرط امتداد أثرها إلى الأسباب ؟

ما تستنتجه المحكمة من واقعة مطروحة عليها . عدم حيازته حجية أمام محكمة أخرى . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٦٨٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٦٨/٩/٢٦)

(ي) تصحيح الحكم :

- الأصل أن الغاء الحكم أو تعديله . بالطعن عليه بالطرق المقررة قانوناً .

- سلطة المحكمة في تصحيح ما يقع في حكمها من خطأ . مقصورة على الأخطاء المادية البحتة كتابية أو حسابية . تجاوز هذا النطاق . جواز الطعن في قرار التصحيح بالطرق المقررة للطعن . المادة ١٩١ مرافعات .

ثبوت قيام عقد منها . هي بحقيقة الواقع .
(الطعن رقم ٥٣٧٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١٨)

دخول عقار بقصد منع حيازته بالقوة

- وجوب أن يكون قصد المتهم من دخول العقار هو منع واضع اليد بالقوة من الحيازة .
المادة ٣٦٩ عقوبات . القوة في هذه الجريمة هي ما يقع على الأشخاص لا على الأشياء . مثال .
- عدم استظهار الحكم أركان كل من الجريمتين المنصوص عليهما في المادتين ٣٦٩ ، ٣٧٣ عقوبات وغموضه في بيان ماهية الجريمة التي دان الطاعن بها يعيبه بالابهام والقصور ؟
(الطعن رقم ٥٥٦٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

دعوى جنائية

(أ) تحريكها :

١ - عدم تحريك الدعوى الجنائية وانعقاد الخصومة فيها الا بتحقيق النيابة أو من تندبه لهذا الغرض أو رفع الدعوى الى قضاء الحكم .
(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٧)
٢ - ايجاب صدور طلب من الوزير المختص أو من ينييه لتحريك الدعوى الجنائية في الجرائم المؤتممة بالقانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ قيد على حرية النيابة كسلطة تحقيق دون غيرها من جهات الاستدلال .

(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١/٢٧)

٣ - إجراءات الاستدلال ولو في حالة التلبس لا تعتبر من إجراءات الخصومة الجنائية . ولا يرد عليها قيد الشارع في توقفها على الطلب أو الاذن .

(الطعن رقم ٣٦٩٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

٤ - عدم جواز محاكمة مرتكب جريمة سرقة إضرارًا بزوجه أو أصوله أو فروعه الا بناء على طلب المجنى عليه لهذا الأخير التنازل عن دعواه في أية حالة كانت عليها . وأن يقف تنفيذ الحكم على الجاني في أي وقت شاء .
المادة ٣١٢ عقوبات .

- القيد الوارد على حق النيابة العامة في تحريك الدعوى الجنائية في جريمة السرقة . علته ؟ . امتداد ذلك إلى جرائم النصب وخيانة الأمانة .

- التفات الحكم بالادانة في جريمة تبديد منقولات الزوجية من المخالصة المقدمة من الطاعن المنسوبة لزوجته . قصور .
(الطعن رقم ٥٥٤٧ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٥ - تحريك الدعوى الجنائية أو إتخاذ أية إجراءات في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ دون طلب : غير جائز . المادة ٢٢ من القانون ٣٦٣ لسنة ١٩٥٦ .

- اغفال النص في الحكم على صدور هذا الطلب . يبطله لا يغني عن ذلك . ثبوت صدور هذا الطلب بالفعل ..
(الطعن رقم ٦٠١٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٩)

٦ - الاجراء المنصوص عليه في المادة ٢/١٤ من القانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ في حقيقته دلب . يتوقف قبول الدعوى الجنائية على صدوره من الجهة المختصة . اغفال النص في الحكم على صدوره يبطله . لا يغني عن ذلك ثبوت صدوره بالفعل .

(الطعن رقم ٧٢٢٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٢/٩)

(ب) انقضاؤها بمضى المدة :

١ - إجراءات التحقيق أو الاتهام أو المحاكمة . تقطع التقادم ولو أجريت في مواجهة المتهم أو في غيبته . المادتان ١٧ ، ١٨ إجراءات جنائية .

انقطاع التقادم عيني الأثر . مؤدى ذلك . امتداد أثره الى جميع المتهمين في الدعوى ولو لم يكونوا طرفاً في تلك الاجراءات .

(الطعن رقم ٦٨٤٩ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١/١٢)

٢ - الدفاع بانقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة . متعلق بالنظام العام . وجوب تعرض المحكمة له ايراداً ورداً .

عدم ايراد الحكم الابتدائي لهذا الدفع والرد عليه . بطلانه .

(الطعن رقم ٣٦٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/١٨)

٣ - انقضاء الدعوى الجنائية في مواد الجرح بمضى ثلاث سنوات من يوم وقوع الجريمة . الاجراءات القاطعة للتقادم ؟

- مضي مدة تزيد على ثلاث سنوات من تاريخ التقرير بالاستئناف الى يوم نظره دون اتخاذ إجراء من الاجراءات القاطعة للمدة . أثره . انقضاء الدعوى الجنائية بمضى المدة .

- الدفع بانقضاء الدعوى الجنائية بالتقادم . جواز اثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . شرط ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٢٢٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

(ج) انقضاؤها بوفاة المتهم :

- انقضاء الدعوى الجنائية بوفاة المتهم . المادة ١٤ إجراءات .

- صدور حكم باعتبار الحكم الغيابي قائماً بعد

وفاة المتهم خطأ في القانون . يوجب النقض والتصحيح والقضاء بانقضاء الدعوى الجنائية . (الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

(د) مصروفاتها :

١ - من لم يكن طرفاً في الخصومة . لا يحكم عليه بمصاريف الدعوى .

- تدخل المسئول عن الحقوق المدنية إنضمامياً . لا يضاف عليه صفة الخصم في الدعوى الجنائية . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - الزام المسئول عن الحقوق المدنية بالمصاريف الجنائية والتضامن مع المتهم . مقصور على أن تكون النيابة العامة قد أدخلته للحكم عليه بها . أساس ذلك ؟

- مخالفة الحكم المطعون فيه هذا النظر . خطأ في القانون يوجب التصحيح . (الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

دعوى مباشرة

- الدفع بعدم قبول الدعوى المدنية . جوهري . وجوب تعرض المحكمة له .

- عدم قبول الدعوى المقامة بالطريق المباشر مع الدعوى الجنائية . يوجب عدم قبول الأخيرة .

إغفال الحكم التعرض للدفع بعدم قبول الدعوى المدنية . قصور .

(الطعن رقم ٥٢٥٦ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

دعوى مدنية

١ - إختصاص المحاكم المدنية أصلاً بنظر دعوى التعويض الناشئة عن الجريمة . يجوز

للمضرور رفعها أمام المحاكم الجنائية .
إستثناء .

- سلوك المضرور الطريق الاستثنائي ثم
عدوله عنه . أثره . عدم جواز العودة اليه مرة
أخرى . مخالفة ذلك خطأ في القانون .
(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١/٥)

٢ - على الحكم الصادر في الدعوى الجنائية
الفصل في التعويضات المطلوبة من المدعى
بالحقوق المدنية في دعواه المرفوعة بطريق
التبعية للدعوى الجنائية . المادة ٣٠٩
إجراءات .

- للمدعى بالحقوق المدنية الرجوع الى ذات
المحكمة إذا أغفلت الفصل في التعويضات .
المادة ١٩٣ مرافعات .

- عدم جواز الطعن بالنقض المقدم من
المدعى بالحقوق المدنية في الحكم الذي أغفل
الفصل في الدعوى المدنية . علة ذلك ؟
الطعن بالنقض لا يجوز إلا فيما فصلت فيه
محكمة الموضوع .

(الطعن رقم ٢٧٩٩ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٧)
٣ - طعن المدعى بالحقوق المدنية على
الحكم الصادر في الدعوى الجنائية بأسباب
خاصة بهذه الدعوى . لا يقبل .

- مثال .

(الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٤ - انفتاح الطعن بطريق النقض . مناطه
صدور حكم منه للخصومة في موضوع الدعوى .

- إغفال الفصل في الدعوى المدنية المقامة
من المدعى بالحقوق المدنية . سبيل السير فيه .
اعادة طرح الأمر على محكمة الموضوع .

المادة ١٩٣ مرافعات . مؤدى ذلك ؟

(الطعن رقم ٨٤٢٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

٥ - خضوع الدعوى المدنية المرفوعة أمام
القضاء الجنائي للقواعد الواردة في مجموعة
الاجراءات الجنائية . ما دام يوجد بها نصوص
خاصة تتعارض مع ما يقابلها في قانون
المرافعات . عدم وجود نص خاص في قانون
الاجراءات الجنائية لا يحول دون اعمال القواعد
العامّة في قانون المرافعات . المادة ٢٦٦
إجراءات .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٦ - للمدعى بالحقوق المدنية إذ ترك دعواه
المرفوعة أمام المحاكم الجنائية أن يرفعها أمام
المحاكم المدنية . ما لم يكن قد صرح بترك
الحق . أساس ومؤدى ذلك ؟

- ترك المدعى بالحقوق المدنية لدعواه
المدنية المرفوعة أمام المحكمة الجنائية يعد
إسقاطاً تتحقق آثاره بمجرد صدور الحكم به .
عدم جواز عودته لتجديدها مرة أخرى أمام
المحكمة الجنائية . حقه اللجوء الى المحكمة
المدنية ما لم يكن قد صرح بترك الحق المرفوع
به الدعوى . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١/٥)

دفاع

(أ) الاخلال بحق الدفاع - ما يوفره :

١ - الدفاع المسطور بأوراق الدعوى يكون
قائماً مطروحاً على المحكمة عند نظر
الامتناف . وجوب تعرضها له وإلا كان حكمها
باطلاً .

(الطعن رقم ٣٦٤٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/١٨)

٢ - طلب الدفاع في ختام مرافعته أصلياً

البراءة واحتياطياً التأجيل لسماع شهود الاثبات .
متى يعد طلبه الاحتياطي طلباً جازماً إذا لم تنته
المحكمة الى القضاء بالبراءة . حد ذلك ؟

- تساند الأدلة في المواد الجنائية .

(الطعن رقم ٢٧٢٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٣ - الدفاع الصادر من المتهم أو المدافع
عنه . وحدة عدم جواز الالتفات عن أيهما متى
كان هاماً ومؤثراً في منطق الدفاع دون مبرر .
(الطعن رقم ٣٨٥٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٦)

٤ - اشارة الحكم الى المستندات التي قدمها
الطاعن تمسكاً بدلالاتها على انتفاء الجريمة
المسندة اليه . التفاته عنها وعدم بحثها .
قصور .

(الطعن رقم ٢٧٧٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٥ - دفاع المتهم بأن العلامتين التجاريتين
المدعى بتزويرهما واستعمالهما مملوكتين
لشركته ومسجلتين باسمها جوهى . وجوب
تحقيقه . بلوغاً الى غاية الأمر فيه . اغفال ذلك .
قصور .

(الطعن رقم ٢٧٧٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٦ - الدفع بتزوير الشيك . جوهري .
وجوب تمحيصه لتعلقه بتحقيق الدليل .

- التفات المحكمة عن ذلك دون بيان العلة .
يعيب الحكم ؟

(الطعن رقم ٥٨٤٩ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ - منازعة الطاعنة في قيمة التشطيبات
التي أجراها المستأجر والتي اعتبرها الحكم من
عناصر احتساب قيمة مقدم الايجار الذي حصلت
عليه - دفاع جوهري يتعين على المحكمة
تحقيقه بلوغاً الى غاية الأمر فيه والرد عليه بما
يدفعه .

اعراض الحكم عن هذا الدفاع ايراداً أو ردّاً .
عليه . قصور والاخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٣٨٨٤ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

٨ - دفاع الطاعن بأن لم يجرف الأرض
الزراعية بل قام بتسويتها وتقديم شهادة تفيد
ذلك . دفاع جوهري . عدم تمحيصه . قصور .
(الطعن رقم ٤٢٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٩ - الدفاع الجوهري . على المحكمة أن
تعرض له استقلاً كشفاً لمدى صدقه أو ترد
عليه بما يدفعه . امساکها عن ذلك . قصور .
- مثال .

(الطعن رقم ٦٠٥٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

(ب) ما لا يوفره :

١ - عدم التزام المحكمة بمتابعة المتهم في
مناص دفاعه الموضوعي .

- كفاية الاستناد إلى أدلة الثبوت ردّاً على هذا
الدفاع . مثال .

(الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٧/١٠/٢١)

٢ - طلب الدفاع غير المذبح في الدعوى .
لا تثريب على المحكمة إن هي لم تحققه .

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

٣ - عدم التزام المحكمة بالرد على أوجه
الدفاع الموضوعية إستفادة الرد دلالة من أدلة
الثبوت التي أورنتها في حكمها .

(الطعن رقم ٣٧٥٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

٤ - عدم التزام المحكمة بأن تتبع المتهم في
مناص دفاعه المختلفة والرد على كل شبهة
يثيرها . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٢٨٨٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٥ - خلو محضر الجلسة من اثبات دفاع

الخصم كاملاً لا يعيب الحكم :

للخصم أن يطلب صراحة تدوين دفاعه في المحضر فإن ادعى أن المحكمة صادرت حقه في الدفاع قبل قفل باب المرافعة عليه أن يقدم الدليل على ذلك ويسجل هذه المخالفة في طلب مكتوب قبل الحكم . إغفال ذلك . أثره . عدم جواز المحااجة به أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٥٨٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - الطلب الذي تلتزم المحكمة بإجابهته أو الرد عليه . ماهيته ؟

- حق المحكمة في عدم إجابة المتهم الى طلب سماع شهود النفي ما لم يسلك السبيل الذي رسمه قانون الاجراءات الجنائية في المادة ٢١٤ مكرر ١/أ .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ - طلب ضم قضية بقصد إثارة الشبهة في أدلة الثبوت التي اطمأنت اليها المحكمة . عدم التزام المحكمة بإثباته . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٨ - لا على الحكم اغفاله الرد على دفاع قانوني ظاهر البطلان . مثال في جريمة تبوير أرض زراعية .

(الطعن رقم ٣٤٥٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٩ - محكمة الموضوع غير ملزمة بتعقب المتهم في كل جزئية من جزئيات دفاعه الموضوعي للرد عليه إستقلالاً . قضائها بالادانة مفاده . إطراحها له .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

دفع

(أ) الدفع ببطلان التفتيش :

١ - الدفع ببطلان إذن التفتيش أو التسجيل لعدم جدية التحريات . جوهرى على المحكمة التعرض له . الاستناد في رفضه إلى أن الضبط دليل جدية التحريات . قصور وفساد في الاستدلال . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٥٥٧ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١١/١١)

٢ - الدفع بصدر الاذن بالتفتيش بعد الضبط موضوعي . إطمئنان المحكمة الى دفع دفع الضبط بناء على الاذن . كفايته ردًا عليه .

(الطعن رقم ١٤٨٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٢/١٦)

٣ - الدفع ببطلان التفتيش . شرع للمحافظة على حرمة المكان .

- التمسك ببطلان تفتيش سيارة . لا يقبل من غير حائزها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(ب) الدفع بتعذر الرؤية :

الدفاع المبني على تعذر الرؤية . موضوعي . الأخذ بأدلة الثبوت في الدعوى . كفايته ردًا عليه .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

(ج) الدفع بتلفيق التهمة :

١ - الدفع بتلفيق التهمة . موضوعي . لا يتوجب ردًا صريحًا ما دام الرد مستفادًا ضمناً من القضاء بالادانة .

(الطعن رقم ٣١١٦ لسنة ٥٥ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

٢ - الدفع بتلفيق التهمة . موضوعي . استفادة الرد عليه من أدلة الثبوت التي أوردها الحكم .

- عدم التزام محكمة الموضوع بمتابعة المتهم في مناص دفاعه . كفاية قضائها بالادانة ردًا عليه .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(٤) الدفع بشيوع التهمة :

- الدفع بشيوع التهمة . موضوعي . لا يستلزم ردًا خاصًا .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

رشيوة

١ - توافر قيام جريمة الرشوة من جانب الموظف ولو كان غير مختص بجميع العمل المتعلق بالرشوة . كفاية أن يكون له فيه نصيب من الاختصاص يسمح له بتنفيذ الغرض منها .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٢ - القصد الجنائي في جريمة الرشوة الارشاء وعرض رشوة . متى يتوافر ؟

- عدم تحدث الحكم استقلالاً عن ركن القصد الجنائي . لا يعيبه . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٣ - جريمة الرشوة . تمامها بمجرد طلب الرشوة من جانب الموظف والقبول من جانب الراشي . تسليم مبلغ الرشوة - من بعد - ليس إلا نتيجة الاتفاق .

(الطعن رقم ٦٩٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٤ - الاخلال بواجبات الوظيفة في مفهوم المادة ١٠٤ عقوبات ذات مدلول أوسع من أعمال الوظيفة . شمولها أمانة الوظيفة ذاتها .

(الطعن رقم ٤٩٥٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

٥ - عقوبة الغرامة المنصوص عليها في المادة ١٠٩ عقوبات . لجريمة عرض الرشوة ليست من الغرامات النسبية . وجوب الحكم بها

على كل متهم دين بها . اغفال الحكم بها . خطأ في القانون . يوجب النقض والتصحيح .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

٦ - جزاء المصادرة المنصوص عليها في المادة ١١٠ عقوبات . طبيعته . عقوبة وجوب توقيعها على من يثبت مقارفته الجريمة فاعلاً كان أو شريكاً .

- وجوب تفسير نص المادة ١١٠ عقوبات على هدى نص المادة ٣٠ من ذات القانون .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

٧ - صحة الحكم بالمصادرة طبقاً للمادة ١١٠ عقوبات . رهينة يكون موضوعها شيئاً دفعه من تصدق عليه صفة الراشي أو الوسيط في جريمة الرشوة .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

٨ - جريمة الرشوة . عدم قيامها الا بانعقاد الاتفاق غير المشروع بين الراشي والمرتشى أو الوسيط .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

٩ - مجرد عرض الرشوة من جانب صاحب الحاجة أو وسيطه . عدم كفايته لوقوع الرشوة . اعتباره جريمة خاصة لها ذاتيتها . لا يمتد اليها حكم المصادرة المقررة كعقوبة تكميلية الى جريمة الرشوة . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/٢/٢)

رقابة إدارية

١ - القرار الجمهوري ٣٣٧ لسنة ١٩٨٠ الصادر بالغاء الرقابة الادارية . طبيعته ؟

- السلطات المخولة لرئيس الجمهورية . بمقتضى المانتين ١٠٨ ، ١٤٦ من الدستور . ماهيتها ؟

(الطعن رقم ٤٥٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٧)

٢ - عدم الغاء التشريع الا بتشريع لاحق أعلى منه أو مساو له في مدارج التشريع .

- الالغاء الصريح والضمني للقانون ؟

- إصدار رئيس الجمهورية قرارًا جمهوريًا بابقاء هيئة الرقابة الادارية . رغم انشائها بقانون اعتباره معدوم . الأثر . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٥٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٧)

٣ - اختصاص الرقابة الادارية بالكشف عن المخالفات الادارية والمالية والجرائم التي تقع من العاملين - عدم اقتصاره على الموظفين بالمعنى المفهوم في فقه القانون . انبساطه ليشمل العاملين في جميع الجهات والأجهزة المنصوص عليها في المادة الرابعة من القانون ٥٤ لسنة ١٩٦٤ .

- خبراء الجدول بالمحاكم - اعتبارهم في حكم الموظفين العموميين في نطاق جريمة الرشوة .

(الطعن رقم ٤٥٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٧)

سب وقذف

١ - ركن العلانية في جريمة القذف . مناط توافره . أن يكون الجاني قد قصد إذاعة ما أسنده الى المجنى عليه .

(الطعن رقم ٥٧١٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٢ - مجرد تقديم شكوى الى جهة الاختصاص في حق شخص واسناد وقائع معينة اليه . لا يعد قذفًا معاقبًا عليه . ما دام أن القصد منه لم يكن إلا التبليغ عن هذه الوقائع لا مجرد التشهير للنيل منه .

(الطعن رقم ٥٧١٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٣ - المرجع في تعرف حقيقة ألفاظ السب أو القذف هو ما يطمئن اليه القاضي في تحصيله

لفهم الواقع في الدعوى . حد ذلك . أن لا يخطيء في التطبيق القانوني على الواقعة كما صار اثباتها بالحكم أو بمسوخ دلالة الألفاظ بما يحيلها عن معناها .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٤ - تحرى معنى اللفظ . تكييف قانوني . خضوعه لرقابة محكمة النقض .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/٥)

سبق اصرار

ثبوت سبق الاصرار في حق المتهمين . يستلزم بالضرورة توافر الاشتراك بالاتفاق بالنسبة لمن لم يقارف الجريمة منهم .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

سرقة

١ - العقوبة المقررة لجريمة الشروع في سرقة المؤثمة بالمادة ٣٢١ عقوبات هي الحبس مع الشغل لمدة لا تجاوز نصف الحد الأقصى المقرر في القانون للجريمة لو تمت فعلاً . في حين أن العقوبة المقررة لجريمة السرقة التامة المنصوص عليها في المادة ٣١٨ من القانون ذاته هي الحبس مع الشغل مدة لا تجاوز سنتين .

توقيع عقوبة الغرامة على الشروع في السرقة . خطأ في القانون . إتصال الخطأ بتقدير العقوبة . يوجب النقض والاعادة . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣١٠٥ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٤)

٢ - استظهار الحكم حصول الشروع في السرقة في طريق عام من إحدى وسائل النقل البرية من شخصين يحملان سلاحًا . ومعاقبتهما بالعقوبة المقررة لهذه الجريمة . لا جدوى من النعى عليه بشأن ركن الاكراه في السرقة .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ - تحقق الاكراه في السرقة بكل وسيلة قهرية تقع على الأشخاص لتعطيل المقاومة أو إعدامها تسهلاً للسرقة يصح أن تكون بالوسائل المادية التي تقع مباشرة على الجسم أو بالتهديد باستعمال السلاح .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٤ - حصول الاكراه عقب الاختلاس مباشرة . للنجاة بالشئ المختلس . يتحقق به ركن الاكراه في السرقة .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٥ - تحدث الحكم عن ركن الاكراه في السرقة استقلالاً غير لازم ما دامت مدوناته تكشف عنه وعن وقوع السرقة ترتيبياً عليه .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٦ - استظهار الحكم أن أحد الجناة كان يحمل سلاحاً وقت ارتكابه جريمة السرقة عرف حامل السلاح أم لم يعرف - كفايته لتوافر ظروف حمل السلاح في جريمة السرقة .

- حمل السلاح في السرقة . ظرف مادي متصل بالفعل الاجرامي يسرى على كل من قارف الجريمة فاعلاً كان أو شريكاً ولو لم يعلم به .

(الطعن رقم ٤٢٢٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٧ - جريمة أركانها « نقض » أسباب الطعن . ما لا يقبل منها .

- إثبات الحكم تعدد الجناة وقوع الجريمة في إحدى وسائل النقل البرية مع حمل سلاح . كفايته لتحقيق الجنائية المنصوص عليها في المادة ٣١ أولاً من قانون الإجراءات .

- الجدل الموضوعي في سلطة المحكمة في وزن عناصر الدعوى لا يجوز إثارته أمام

محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٢٢٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٨ - تحقق الظرف المشدد في جريمة السرقة لمجرد حمل المتهم سلاحاً بطبيعته ولو كان المتهم لم يقصد من حمله الاستعانة به أو استخدامه في الجريمة . علة ذلك ؟ مجرد حمل السلاح يلقي الرعب في نفس المجنى عليه .

(الطعن رقم ٤٢٣٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٩ - حمل السلاح في السرقة من الظروف المادية العينية المتصلة بالجريمة . سريان حكمها على كل من أسهم فيها فاعلاً كان أو شريكاً ولو لم يعلم به .

(الطعن رقم ٤٢٣٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

١٠ - حمل السلاح في السرقة . ظرف عيني . سريان حكمه في حق مرتكبيها فاعلين كانوا أم شركاء . ولو كان حامله مجهولاً بينهم .

(الطعن رقم ٦١٨٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

سلاح

١ - إحراز مطواه قرن غزال . مؤثم . أساس ذلك ؟

- التمييز بين الأسلحة الواردة بالجدول المنكور - جدول الأسلحة البيضاء - وغيرها ليس من المسائل الفنية البحتة التي توجب الاستعانة بأهل الخبرة .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

٢ - جريمة حيازة أو إحراز الأسلحة البيضاء عدا البلط والسكاكين . يكفي لتحقيقها مجرد الحيازة المادية للسلاح أيًا كان الباعث عليها .

- دفاع الطاعن بأنه كان يحمل المطواة قرن

(الطعن رقم ٣٣٩١ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

٥ - إصدار شيك على بياض . مفاده تفويض المستفيد في تحرير بياناته .

(الطعن رقم ٣٣٩١ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

٦ - عدم الاعتداد بالأسباب التي دعت الى إصدار الشيك .

(الطعن رقم ٣٣٩١ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

٧ - سرقة الورقة والحصول عليها بطريق التهديد . دخولهما في حكم ضياعهما .

- الحاق حالتى تبديد الشيك والحصول عليه بطريق النصب مجالات الاباحة فى المعارضة فى الوفاء بقيمته . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٦٠٥٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

٨ - صدور أمر بوضع أرصدة المتهم تحت التحفظ . قوة قاهرة . ترتب انعدام مسئوليته عن جريمة المادة ٣٣٧ عقوبات .

- تمسك الطاعن أن امتناع البنك عن الدفع مرجعه صدور قرار بالتحفظ على حساب الشركة التى يمثلها . دفاع جوهرى . قعود المحكمة عن تحقيقه . قصور .

(الطعن رقم ٣٣٤٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

ضرب

ضرب أحدث عاهة :

إثبات الحكم إعتداء الطاعن على المجنى عليه بقبضة يده وبحدائنه محدثاً إصاباته التى تخلفت عنها عاهة مستديمة . كفايته بياناً لعلاقة السببية بين الاعتداء وإحداث العاهة .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

جريمة على الاستهلاك

صدور القانون رقم ١٣٣ لسنة ٨١ بعد

الغزال لاستخدامها فى عمله . دفاع قانونى ظاهر البطلان . التفات الحكم عنه . لا عيب .

(الطعن رقم ٤٥٠٨ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

شهادة مرضية

الشهادة المرضية دليل من أدلة الدعوى . خضوعها لتقدير المحكمة كسائر الأدلة . وجوب أن تبنى رأيها فيها على أسباب سائغة تؤدى إلى ما رتبته عليها .

(الطعن رقم ٣٨٥٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٦)

شيك بدون رصيد

١ - للساحب طبقاً لنص المادتين ٦٠ عقوبات ، ١٤٨ من قانون التجارة أن يتخذ فى حالات ضياع الشيك أو سرقة أو الحصول عليه بطريق التهديد أو النصب أو تبديده من الاجراءات ما يصون ماله . مناط ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٢)

٢ - جريمة إعطاء شيك بدون رصيد . تتحقق بمجرد إعطاء الساحب الشيك إلى المستفيد مع علمه بعدم وجود مقابل وفاء له قابل للسحب فى تاريخ الاستحقاق . علة ذلك ؟

لا عبرة فى قيام جريمة إعطاء شيك بدون رصيد أن يكون تاريخ إستحقاق الشيك مغايراً لتاريخ إصداره الحقيقى طالما لا يحمل إلا تاريخاً واحداً .

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٢)

٣ - كفاية أن يكون الشيك موقعاً من الساحب ولو لم يكن هو محرر بياناته .

(الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٢)

٤ - توقيع الساحب على بياض . لا يؤثر على سلامة الشيك متى كان مستوفياً ببياناته قبل تقديمه للصرف .

ارتكاب الفعل في جريمة عدم أداء رسم الانتاج .
عدم اعتباره قانوناً أصلاً من القانون ٣٦٣ لسنة ٥٦ المعمول به وقت ارتكابه . أساس ذلك ؟
(الطعن رقم ٣١٤٢ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

عقوبة

(أ) تطبيق العقوبة :

١ - جزاء الرد المنصوص عليه في المادة ٧٧ من القانون ٤٩ لسنة ١٩٧٧ المعدلة بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ يدور مع موجبه من بقاء المال الذي تقاضاه المتهم كخلو رجل في زمنه حتى الحكم عليه .

(الطعن رقم ٣٧٥٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

٢ - تقدير العقوبة وتقدير مناسبتها بالنسبة لكل متهم . موضوعي .

(الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/٩/٢٠)

٣ - العقوبة التي توقع على الحدث الذي تزيد سنه على خمس عشرة سنة ولا تجاوز ثمانى عشرة سنة حال ارتكابه جنحة يجوز الحكم فيها بالحبس . ماهيتها ؟ المادة ٣/١٥ من القانون ٣١ لسنة ١٩٧٤ .

(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٤ - وجوب توقيت مدة العزل عند معاملة المتهم المخاطب بأحكامه . المادة ٢٧ عقوبات .

(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٥ - تقدير العقوبة في الحدود المقررة وتقدير قيام موجبات الرأفة أو عدم قيامها . موضوعي ؟

عدم جدوى النص على الحكم بأن المحكمة لم تعامل الطاعنين بمزيد من الرأفة . متى أوقع عليهما عقوبة الحبس مع الشغل لمدة سنتين - بعد أخذهما بقسط من الرأفة - ما دامت هذه العقوبة تدخل في نطاق العقوبة المقررة قانوناً

للجريمة التي دامهما بها .

(الطعن رقم ٥٩٩٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٦ - إدانة المحكمة المتهم بجريمة هتك عرض بالقوة - وأعمالها في حقه المادة ١٧ عقوبات . وتوقيعها عليه عقوبة الأشغال الشاقة . وهي العقوبة المقررة لتلك الجريمة أصلاً دون معاملته بالرأفة . خطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم ٥٩٩٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١)

(ب) عقوبة تكميلية :

١ - متى تعتبر العقوبة أصلية ؟

- العقوبات الأصلية في الجنايات هي الإعدام والأشغال الشاقة المؤبدة والمؤقتة والسجن .

- إعتبار الغرامة عقوبة تكميلية إذا قضى بها في الجنايات . بالإضافة إلى عقوبة أخرى المادة ١٠٣ عقوبات .

- الغرامة التيسيرية . وجوب الحكم بها على المتهمين متضامنين . عدم التنفيذ عليهم جميعاً بأكثر من مقدارها المحدد في الحكم .

(الطعن رقم ٣٠٤٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٢ - وجوب توقيت عقوبة العزل عند معاملة المتهم بالرأفة والقضاء عليه بالحبس في جريمة استيلاء بغير حق على مال مملوك للدولة .

- إغفال الحكم ذلك خطأ في تطبيق القانون .

(الطعن رقم ٥٩٧٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

(ج) عقوبة الجريمة الأشد :

انتفاء مصلحة الطاعنين في تعييب الحكم في خصوص جريمة الإشتراك في اتفاق جنائي . ما دامت المحكمة قد دانتهم بجريمة الضرب المفضى إلى الموت باعتبارها الأشد . وعاقبتهم بعقوبتها عملاً بالمادة ٣٢ عقوبات .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

(د). العقوبة المبررة :

١ - لا مصلحة من النفي بتخلف ظرف سبق الإصرار طالما أن العقوبة الموقعة تدخل في الحدود المقررة لجناية الشروع في القتل العمد مجردة عن أى ظروف مشددة .

(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٢ - تعيب الحكم مما تساند إليه في خصوص جريمة عرض رشوة لم تقبل عدم جدواه . طالما أن المحكمة عاقبته بالعقوبة الأشد المقررة لجريمة الإرتشاء المنصوص عليها بالمادة ١٠٤ عقوبات .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٣ - منازعة الطاعنين في قيام ظرف سبق الإصرار . لا جدوى منه طالما أن العقوبة المحكوم بها عليهم مقررة لجريمة الضرب المفضى إلى الموت الممندة إليهم بغير سبق إصرار .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

علاقة السببية

١ - رابطة السببية . بدوؤها بالفعل الدار . ارتباطها من الناحية المعنوية بما يجب على الجاني أن يتوقعه من النتائج المألوفة لفعله إذا ما أتاه عمداً .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - رابطة السببية بين فعل الجاني والنتيجة لا يقطعها مرض المجنى عليه .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - مسئولية المتهم في جريمة الضرب أو إحداث جرح عمداً عن جميع النتائج المحتمل حصولها نتيجة سلوكه الإجرامى . ولو كانت عن

طريق غير مباشر . ما لم تتداخل عوامل أجنبية غير مألوفة تقطع رابطة السببية .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١٢/١)

فاعل أصلي

١ - استظهار الحكم اتفاق الطاعن مع المتهم الآخر على قتل المجنى عليه من معيته في الزمان والمكان ونوع الصلة بينهما وصدور الجريمة عن باعث واحد واتجاههما وجهة واحدة في تنفيذها . إن كل منهما قصد الآخر في اتباعها . اعتباره فاعلاً أصلياً في الجريمة .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - إثبات الحكم في حق الطاعنين . مساهمة كل منهما بنصيب في الأفعال المادية المكونة للجريمة كفايته لإعتبارهما فاعلين أصليين فيها .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٣ - إثبات الحكم في حق الطاعن مساهمته بنصيب في الأفعال المادية المكونة للجريمة ومنها حمله مدية وتواجهه مع آخرين على مسرحها كفاية لإعتبارهم جميعاً فاعلين أصليين .

(الطعن رقم ٤٢٢٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

قانون

(أ) القانون الأصلح :

صدور القانون ٥٤ لسنة ١٩٨٤ بعد وقوع الفعل وقبل صدور حكم بات في جريمة بناء بدون ترخيص . يعد أصلح للمتهم من القانون القديم بما اشتملت عليه أحكامه من إعفاء من عقوبة الغرامة حتى كانت جنحة الأعمال المخالفة لا تزيد على عشرة آلاف جنيه . ومن قصر الإزالة والتصميم على الحالات المبينة بالمادة الأولى منه .

(الطعن رقم ٥٢٦٣ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٧)

(ب) إلغاء القانون :

١ - إلغاء التشريع أو تعديله بتشريع لاحق عليه مماثل له أو أقوى منه ، ينص على الإلغاء صراحة أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم أو ينظم من جديد موضوع ذلك التشريع .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٢ - إجازة النص في المادة ١٦٠ مكرراً إجراءات للنائب العام أو المحامي العام إحالة الدعوى إلى محكمة الجنج في الأحوال المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة ١٨ مكرراً عقوبات اعتباره منسوخاً ضمناً بالمادة ٣ من القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

(ج) تفسيره :

١ - صياغة النص في عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادة الشارع . عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل .

(الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٢ - إيراد الشارع مصطلحاً معيناً في نص ما . وجوب صرفه لهذا المعنى في كل نص آخر يرد فيه .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

٣ - التحرز في تفسير القوانين الجنائية والالتزام الدقة في تفسيرها . وعدم تحميل عباراتها فوق ما تحتمل . واجب .

صياغة النص في عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادة الشارع . عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو

التأويل . أو بدعوى الاستهداء بحكمة الشارع .

(الطعن رقم ١٩٤١ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/٢/٢)

(د) التفويض التشريعي :

صحة القرار الصادر بموجب التفويض التشريعي . رهينة بعدم وجود قضاء بينه وبين نص القانون المحدد لأوضاعه وشروطه .

تغليب نص القانون عند التعارض بينه وبين نص وارد في لائحته . واجب .

(الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(هـ) سريانه من حيث الزمان :

١ - تعاقب قانونين . دون أن يكون الثاني أصح للمتهم . وجوبه تطبيق الأول على الأفعال التي وقعت قبل إلغائه لامتناع تطبيقه . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣١٤٢ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

٢ - طرق الطعن في الأحكام الجنائية ينظمها القانون القائم وقت صدور الحكم محل الطعن .

(الطعن رقم ٨٣٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

٣ - القانون الذي إستوفى مراحله التشريعية وتم نشره في الجريدة الرسمية . التحدى به لا يجوز إلا من التاريخ الحقيقي لهذا النشر . شرط ذلك ؟

(الطعن رقم ٨٣٤١ لسنة ٥٤ ق جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

قتل خطأ

١ - قيام خطأ في جانب المجنى عليه أو الغير . لا يمنع مساءلة المتهم ما لم ينفي ركناً في الجريمة .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

٢ - بيانات حكم الإدانة في جريمة القتل أو الإصابة الخطأ ؟

نية القتل . عدم جدواه ما دامت العقوبة المقضى بها مبررة في القانون حتى مع عدم توافر هذه النية .

عدم رسم القانون شكلاً خاصاً لصياغة الحكم .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٢ - قصد القتل أمر خفي لا يدرك بالحنس الظاهر إدراكه بالظروف المحيطة بالدعوى والأمارات والمظاهر الخارجية التي يأتيها الجاني وتتم عما يضمه في نفسه .

استخلاص نية القتل من عناصر الدعوى وموكل أنى قاضى الموضوع فى حدود سلطته التقديرية .

(الطعن رقم ٣٠٤٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)

٣ - دون عسف فى الاستنتاج ولا تنافر مع حكم العقل .

وجوب بناء الأحكام النائية على الجزم والتعيين على الواقع الذى يثبت بالدليل المعتبر لا على الطعن والاحتمال على الفروض والاعتبارات المجردة .

مجرد ملاحقة الطاعن للمجنى عليها ومراودتها عن نفسها وتهديده لها بالقتل أن اقترنت بغيره لا يفيد حتماً ثبوت مقارفة الطاعن لواقعة قتل المجنى عليها .

(الطعن رقم ٢٤٢١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٤ - شرط تطبيق المادة ٢/٢٣٤ عقوبات : ألا تكون الجريمة ناشئة عن فعل جنائي واحد وتوافر رابطة زمنية بينها .

(الطعن رقم ٣٨٩٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٥ - استبعاد الحكم لظرف الاقتران لاعتباره جريمة الشروع فى قتل المجنى عليهما ناشئة

رابطة السببية . إقتضاؤها إسناد النتيجة إلى خطأ المتهم .

إدانة الطاعن بالقتل والإصابة الخطأ بمجرد عدم التزامه الجانب الأيمن من الطريق أو عدم مراعاته للقوانين . دون إستظهار أنه لم يكن هناك ما يبرر ذلك من الظروف التي وقع فيها الحادث . قصور .

(الطعن رقم ٢٩٦٩ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

٣ - انقطاع علاقة السببية بين الخطأ والضرر بالقوة القاهرة . إمتناع مسئولية المخطيء إلا إذا كون خطؤه بذاته جريمة .

(الطعن رقم ٢٩٦٩ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٧)

٤ - توافر الحادث القهرى بشرائطه . أثره : انقطاع علاقة السببية بين النتيجة والخطأ .

الدفع بوقوع الحادث بسبب أجنبي . جوهرى . على المحكمة تحقيقه أو الرد عليه . (الطعن رقم ٦٠٥٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - إغفال حكم الإدانة بيان الإصابات التي حدثت بالمجنى عليهما ونوعها وكيف أدت إلى وفاة أحدهما من واقع الدليل الفنى وكذا عدم إستظهار رابطة السببية بين الخطأ والعذر . قصور .

(الطعن رقم ٥٧٣٩ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/٥)

٦ - توافر الحادث القهرى بشرائطه . أثره : انقطاع علاقة السببية بين النتيجة والخطأ .

الدفع بوقوع الحادث بسبب أجنبي . جوهرى . على المحكمة تحقيقه أو الرد عليه . (الطعن رقم ٣٥١٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٩/٣/٩)

قتل عمد

١ - النعى على الحكم بالقصور فى إستظهار

انفراد القضاء العسكري دون غيره بالاختصاص على مستوى كافة مراحل الدعوى إلا فيما يتعلق بالأحداث الخاضعين لأحكامه . مفاد ذلك ؟

التفات المحكمة عن دفاع قانوني ظاهر البطلان . لا عيب .

(الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٥٦ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٢ - اختصاص المحاكم العادية بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن جريمة .

اختصاص المحاكم العسكرية . استثنائي . مناطه ؟

خلو قانون الأحكام العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ من النص على انفراد القضاء العسكري بما يختص به . أثر ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٢٩١ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

القضاء

قيام القاضي بعمل يجعل له رأياً في الدعوى . وجوب امتناعه عن نظرها تلقائياً . وإلا كان حكمه باطلاً . أساس وعلة ذلك ؟

التحقيق في خدمة المادة ٢٤٧ إجراءات . معناه ؟

مباشرة القاضي عملاً من أعمال التحقيق بوصفه وكيلاً للنياحة في الدعوى . وجوب امتناعه عن نظرها والحكم فيها .

(الطعن رقم ١٦٠٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/١/١٢)

قبض

١ - الاستدعاء الذي يقوم به مأمور الضبط القضائي إبان جميع الاستدلالات ولا يتضمن تعرضاً مادياً . ليس قبضاً .

(الطعن رقم ٢١٩٠ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/٩/٢٠)

٢ - الافتئات على حريات الناس والقبض

عن فعل جنائي واحد . خطأ في القانون . يوجب النقض والاعادة لتعلق ذلك بتقدير العقوبة .

(الطعن رقم ٣٨٩٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٦ - عقوبة المادة ٢/٢٣٤ عقوبات . يكفي لتطبيقها : ثبوت استقلال الجريمة المقترنة عن جناية القتل وتمييزها عنها وقيام المصاحبة الزمنية بينها .

المصاحبة الزمنية : أن تكون الجنايتان قد ارتكبتا في وقت واحد . أو في فترة قصيرة من الزمن . تقدير ذلك يستقل به قاضي الموضوع .

(الطعن رقم ٣٩٨٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١١/١٥)

٧ - حدوث إصابة المجني عليه من الأمام رغم وقوف ضاربه خلفه . جائز إذ أن جسم الإنسان متحرك لا يتخذ وضعاً ثابتاً وقت الاعتداء .

تجريح أدلة الدعوى على وجه معين تأدياً إلى مناقضة الصورة التي ارتسمت بالدليل الصحيح في وجدان المحكمة . غير جائز أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٨ - قصد القتل . أمر خفي . استخلاص توافره . موضوعي .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

قصد جنائي

الجريمة الاحتمالية قيامها قبل المتهم . رهن بثبوت مساهمته في جريمة أصلية قصد إليها فاعلاً كان أم شريكاً .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ ق جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

قضاء عسكري

١ - قانون الأحكام العسكرية الصادر بالقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ لم ينص على

عليهم بدون وجه حق يضير العدالة .

الحرية الشخصية حق طبيعي . عدم جواز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته في غير حالة التلبس إلا بإذن القاضي المختص أو النيابة العامة . المادة ٤١ من الدستور .

(الطعن رقم ٣٠٥٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٠)

كفالة

عدم إيداع الكفالة من المحكوم عليه بعقوبة الغرامة أو عدم حصوله على قرار بإعفائه منها . أثره : عدم قبول الطعن شكلاً .

(الطعن رقم ٣٥٩٣ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٩/١/١٥)

لوائح

حل السلسلة التنفيذية . دستورياً . إصدار اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين . دون زيادة أو تعديل أو تعطيل لها أو إعفاء من تنفيذها ليس معناه نزول السلطة التشريعية عن سلطتها في سن القوانين للسلطة التنفيذية .

اللائحة لا تضع قيداً على خلاف نص في القانون .

(الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

مأمورو الضبط القضائي

إسباغ المشرع صفة مأمور الضبط القضائي في جميع أنحاء الجمهورية لمن نصت عليهم المادة ٤٩ من القانون ١٨٢ لسنة ١٩٦٠ في شأن مكافحة المخدرات وتنظيم استعمالها والإنجاز فيها . عدم جدوى المنازعة في اختصاص من نصت عليهم المادة المذكورة مكانياً بضبط جريمة إحراز المخدر .

(الطعن رقم ٣٨٨٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٣)

مجلس القضاء الأعلى

١ - صياغة النص في عبارات واضحة جلية . اعتبارها تعبيراً صادقاً عن إرادة المشرع . عدم جواز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل .

نص المادة ٧٧ مكرراً ٤ من قانون السلطة القضائية . مفاده أن المشرع لم يجر لمجلس القضاء الأعلى التفويض في اختصاصاته المتعلقة بالتعيين أو الترقية أو النقل وأجاز له التفويض في بعض اختصاصاته الأخرى .

صدور الإذن برفع الدعوى الجنائية من لجنة لم تفوض في إصداره تفويضاً سليماً . يبطله . (الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ في جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

٢ - قضاة . نيابة عامة . دعوى جنائية « قيود تحريكها » .

رفع الدعوى الجنائية على القاضي في جنابة أو جنحة . غير جائز إلا بإذن من مجلس القضاء الأعلى . انعطاف هذه الحماية على أعضاء النيابة العامة . أساس ذلك ؟

لمجلس القضاء الأعلى أن يشكل من بين أعضائه لجنة أو أكثر وأن يفوضها في بعض اختصاصاته عدا ما يتعلق بالتعيين أو الترقية أو النقل . المادة ٧٧ مكرراً ٤ من القانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ .

القرارات التي يصدرها مجلس القضاء الأعلى أو اللجنة التي يفوضها في بعض اختصاصاته . غير نهائية . أساس ذلك ؟ (الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ في جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

مهام

١ - الاستعانة بمحام إلزامية لكل متهم بجناية

أمام النقض لا يجعل تلك القرارات بمنأى عن رقابة القضاء . علة ذلك ؟

انعقاد الاختصاص بنظر الطعون في قرارات رفض طلبات القيد بجدول المحامين المقبولين أمام محكمة النقض لهذه المحكمة . أساس ذلك ؟ (الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١ نقابات)

٦ - ما يشترط لقبول طلب القيد بجدول المحامين أمام محكمة النقض ؟ المادة ١/٣٩ من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

(الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٧ - استعداد المدافع أو عدم إستعداده موكول إلى تقديره وضميره وإجتهاده وتقاليده مهنته . (الطعن رقم ٥٩٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١٩)

٨ - نذب المحكمة محامياً عن المتهم لغياب محاميه الموكل . عدم اعتراض المتهم على هذا الإجراء وعدم تمسكه بالتأجيل لحضور محاميه . لا إخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٤٢٥٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

محضر الجلسة

خلو محضر الجلسة من إثبات دفاع الخصم كاملاً . لا يعيب الحكم طالما لم يتمسك بإثباته في محضر الجلسة .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

محاكمة أمن الدولة

١ - اختصاص محاكم أمن الدولة الجزئية المنشأة بالقانون رقم ١٠٥ لسنة ٨٠ بنظر المنازعات التي تقع بالمخالفة لأحكام القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ دون غيرها . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣١١٨ لسنة ٥٥ في جلسة ١٩٨٧/١٠/٢٨)

٢ - النص في المادة الثالثة من القانون رقم

حتى يكفل له دفاعاً حقيقياً لا مجرد دفاع شكلي .

حضور محام منتدب مع المتهم وإقتصاره على طلب البراءة وإحتياطياً إستعمال الرأفة . لا يتحقق به غرض الشارع من وجوب إبداء دفاع جدي . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٨٠٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١/١٨)

٢ - إيجاب القانون الإعلان لإتخاذ إجراء وبدء ميعاد عدم قيام أية طريقة أخرى مقامه .

ميعاد الطعن في قرار لجنة المحامين بنقل محام إلى جدول غير المشتغلين . أربعين يوماً تبدأ من تاريخ إعلانه بذلك . المادة ٦٩ من القانون رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ والمادة ٢/٤٤ من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

(الطعن رقم ١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

٣ - على المحامي الذي تولى أحد الوظائف أو الأعمال المشار إليها بالمادة ٥٢ من القانون ٦١ لسنة ١٩٦٨ أو انقطعت علاقته بالمحاماة إخطار النقابة خلال ثلاثين يوماً . مخالفة ذلك توجب مساءلته تأديبياً . أساس ذلك ؟

نقل لجنة المحامين اسم الطاعن إلى جدول غير المشتغلين بغير سماع أقواله أو ثبوت تخلفه عن الحضور بعد إعلانه . إخلال بحق الدفاع . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٢)

٤ - صدور قرار من لجنة قبول المحامين أمام النقض في ظل القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ . خضوع إجراءات الطعن فيه للقواعد الإجرائية المقررة فيه . المادة الأولى مرافعات . (الطعن رقم ٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١ نقابات)

٥ - خلو القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ من نص ينظم الطعن في قرارات لجنة قيد المحامين

محكمة الموضوع

(أ) اتصالها بالدعوى :

اتصال المحكمة بالدعوى الجنائية المرفوعة
ممن لا يملك . معدوم مؤدى ذلك ؟
(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ فى جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

(ب) سلطتها فى تقدير الدليل :

١ - تقدير الخطأ المستوجب مسئولية
مرتكبة . موضوعي .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ فى جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

٢ - انفراد محكمة الموضوع بتقدير الأدلة
بالنسبة إلى كل متهم . حقها فى الإطمئنان إلى
الأدلة بالنسبة إلى متهم وعدم الإطمئنان إلى
الأدلة ذاتها بالنسبة إلى آخر .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١٠/٢)

٣ - تشكك المحكمة فى صحة اسناد التهمة
إلى المتهم . كفايته سند للبراءة ورفض الدعوى
المدنية .

مثال لتسبيب سائق للقضاء بالبراءة للشك فى
صحة إسناد التهمة إلى الطاعن .

(الطعن رقم ١٢ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٤ - سلطة المحكمة فى تقدير القوة التدليلية
لعناصر الدعوى . عدم التزامها بإعادة المهمة
إلى الخبير أو بإعادة مناقشته . موضوعي .

(الطعن رقم ٣٤٥٢ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

(ج) سلطتها فى استخلاص الصورة الصحيحة للواقعة الدعوى :

١ - حق محكمة الموضوع فى استخلاص
الصورة الصحيحة للواقعة . وإطراح ما يخالفها
من صور ما دام استخلاصها سائغا .

(الطعن رقم ٣٠٧٣ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

١٠٥ لسنة ١٩٨٠ على اختصاص محاكم أمن
الدولة العليا دون غيرها بالجنايات المنصوص
عليها فى الأبواب الأول والثانى والثانى مكررا
والثالث والرابع من الكتاب الثانى من قانون
العقوبات مفاده : أنها تختص اختصاصا استثنائيا
انفراديا بنظر تلك الجنايات .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

محكمة استئنافية

إيراد الحكم الاستئنافية أسبابا مكمله لأسباب
حكم أول درجة الذى اعتنقه : مفاده . أخذه بتلك
الأسباب فيما لا يتعارض مع الأسباب التى
أضافها .

تسجيل الحكم الابتدائي فى صلبه تطبيق
المواد التى طلبتها النيابة والتى بينها فى صدره .
قضاء الحكم الاستئنافية بتأييده لأسبابه . وإن خلا
فى صلبه من ذكر المواد التى طبقتها المحكمة .
لا يعيبه . علة ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٤٥٢ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١٢/٢١)

محكمة ثان درجة

محكمة ثان درجة لا تجرى تحقيقا إلا ما ترى
هى لزوما لإجرائه ولا تلتزم إلا بسماع الشهود
الذين كان يجب سماعهم أمام المحكمة أول درجة
مؤدى ذلك ؟

(الطعن رقم ٤٦٢٠ لسنة ٥٧ فى جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

محكمة الجنح

إحالة جريمة الاختلاس المنصوص عليها فى
المادة ١١٢ عقوبات إلى محكمة الجنح يوجب
عليها الحكم بعدم الاختصاص بنظرها .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

التفاصيل بغرض صحة وجوده لا يعيب الحكم .
ما دام قد استخلص الحقيقة منها .
(الطعن رقم ٥٦٤٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

مرور

التزام قائد السيارة الحيطه والحذر أثناء القيادة
وأن يكون على قدر من اليقظة والانتباه . واجب
عام لا يعفيه من ذلك إضاءة إشارة المرور بما
يسمح له بالسير .

المنازعة في هذا الشأن جدل موضوعي في
تقدير أدلة الدعوى . لا تجوز اثارته أمام
النقض .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

مسئولية جنائية

- الأصل ألا يسأل الجاني إلا عن الجريمة
التي ارتكبها أو اشترك فيها .

- مسئولية المتهم عن النتائج المحتملة
لجريمته الأصلية متى كان في مقدوره أو كان من
واجبه توقع حدوثها . أساس ذلك ؟ المادة ٤٣
عقوبات .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

مسئولية مدنية

عدم التزام المحكمة ببيان عناصر الضرر
الذي قدر على أساسه مبلغ التعويض المحكوم به
ما دامت قد بينت عناصر المسئولية التصيرية
من خطأ وضرر وعلاقة سببية .

(الطعن رقم ٥٦٠٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/٣)

معارضة

١ - عدم جواز الحكم في المعارضة في غيبة
المعارض ما لم يكن تخلفه عن الحضور بالجلسة

٢ - لمحكمة الموضوع أن تبين الواقعة على
حقيقتها وترد الحادث الى صورته الصحيحة من
مجموع الأدلة المطروحة عليها .

اطراح المحكمة دفاع الطاعن المذاهب ، لهذا
التصوير . لا يقبل مصادرتها في عقيدتها أو
مجادلتها فيما إنتهت اليه .

(الطعن رقم ٥٥٨٢ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٤)

٣ - استخلاص الصورة الصحيحة لواقعة
الدعوى . موضوعي .

- الجدل الموضوعي في سلطة محكمة
الموضوع في وزن عناصر الدعوى إستنباط
معتقداتها . غير جائز أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٥٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(د) سلطتها في تقدير التعويض :

تقدير التعويض واستظهار عناصره من
سلطة محكمة الموضوع وحدها حسبما تراه
مناسبا وفق ما تتبينه من ظروف الدعوى .

(الطعن رقم ١٨٠٧ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/٣/٢٩)

(هـ) نظرها الدعوى والفصل فيها :

قرار المحكمة الذي يصدر في صدد تجهيز
الدعوى وجمع الأدلة . قرار تحضيرى لا تتولد
عنه أية حقوق للخصوم .

(الطعن رقم ٤٦٢٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

محكمة النقض

حق محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة
المتهم تلقائيا من نفسها حتى تبين أنه بنى على
خطأ في تطبيق القانون . المادة ٣٥ من القانون
٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٣٧٥٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٦/١٤)

تناقض المجنى عليه والشهود في بعض

روادها أثناء تعاطيه المخدر وتقديمه في جيله وحجارة دخان المعسل لآخر . لا يفيد ذاته توافر جريمة تسهيل تعاطي المخدرات .

(الطعن رقم ٢٦٨٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٣/١٠/١٩٨٨)

٢ - تعديل وصف التهمة من حيازة مخدر بقصد الاتجار إلى حيازته بغير قصد الاتجار أو التعاطي دون لفت نظر المتهم أو المدافع عنه . لا إخلال بحق الدفاع .

(الطعن رقم ٢٨٨٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٣/١١/١٩٨٨)

٣ - تقدير توافر قصد الاتجار في المواد المخدرة . موضوعي .

- إيراد الحكم تدليلاً على توافر قصد الاتجار على ما أثبتته من أن التحريات أسفرت عن اتجار المتهم بالمواد المخدرة ومن ضبطه يقوم بتقطيع كمية كبيرة منها باستعمال أدوات كفايته .

(الطعن رقم ٣٠٧٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٧/١١/١٩٨٨)

٤ - التحقق من علم المتهم بكنه المادة المضبوطة . موضوعي ما دام سائغاً .

- الجدل في ذلك أمام محكمة النقض . غير جائز .

(الطعن رقم ٦٢٦٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٢/١/١٩٨٩)

٥ - إحراز المخدر بقصد الاتجار . واقعة مادية يستقل قاضي الموضوع بالفصل فيها طالما يقيمها على ما ينتجها .

- التناقض الذي يعيب الحكم . ماهيته ؟

الاطمئنان للتحريات كمسوغ لإصدار إذن التفتيش واطراحها في خصوص توافر قصد الاتجار . لا تناقض .

(الطعن رقم ٦٢٦٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٢/١/١٩٨٩)

حاصلاً بدون عذر . محل نظر الضرر وتقديره يكون عند الطعن بالحكم ولو بطريق النقض .

وقف الأجازات بالوحدة العسكرية المجند بها الطاعن اعتباره عذراً قهرياً يبرر التخلف عن الحضور . القضاء برفض المعارضة رغم ذلك . إخلال بحق الدفاع .

إطمئنان محكمة النقض إلى الشهادة المقدمة إليها المتضمنة هذا الضرر . وجوب نقض الحكم والاعادة .

(الطعن رقم ٣١١٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٥/١١/١٩٨٨)

٢ - القضاء برفض المعارضة المرفوعة من المتهم في الحكم الغيابي القاضي بسقوط استئنافه . رغم اعتذاره بأنه كان مقيد الحرية يوم صدور الحكم . دون أن تقول المحكمة كلمتها في هذا الضرر يعيب الحكم .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ في جلسة ١/١٢/١٩٨٨)

٣ - عدم جواز الحكم في المعارضة المرفوعة من المتهم عن الحكم الصادر في غيبته باعتبارها كأن لم تكن . أو بقبولها شكلاً ورفضها موضوعاً بغير سماع دفاع المعارض . إلا إذا كان تخلفه عن الحضور بالجلسة حاصلاً بغير عذر .

ثبوت أن التخلف مرده عذر قهري . اعتبار الحكم غير صحيح لقيام الحكم على إجراءات معيبة .

(الطعن رقم ٢٨٧ لسنة ٥٧ في جلسة ٢٥/١٢/١٩٨٨)

مواد مخدرة

١ - جريمة تسهيل تعاطي المخدرات . إنقضاؤها : صدور أفعال إيجابية من مرتكبها بقصد تسهيل تعاطي الغير للمخدرات .

- مجرد إدارة الطاعن للمقهى ومجالسته أحد

مواقعة أننى بغير رضاها

- ركن القوة فى جريمة المواقعة . توافره باستعمال وسيلة تعدم ارادة المجنى عليها .
- (الطعن رقم ٥٦٠٧ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٩/١/٣)

نصب

- ١ - تطبيق المادة ٣٣٦ عقوبات رهن بوقوع احتيال على المجنى عليه بقصد خدعه والاستيلاء على ماله .

- عدم تحقق الطرق الاحتيالية فى النصب إلا إذا كان من شأنها الايهام بوجود مشروع كاذب أو واقعة مزورة أو غير ذلك من الأمور المبينة على سبيل الحصر فى المادة ٣٣٦ عقوبات .
- (الطعن رقم ٦٠٥٧ لسنة ٥٧ فى جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

- ٢ - جريمة النصب . توافرها رهن بوقوع احتيال على المجنى عليه بقصد خدعه والاستيلاء على ماله .

- الطرق الاحتيالية فى جريمة النصب . ماهيتها ؟

- (الطعن رقم ٦٠٥٨ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

- ٣ - مجرد الأقوال والادعاءات الكاذبة مهما بالغ فيها مبيدتها . لا تتحقق بها الطرق الاحتيالية فى النصب .

- تحقق الطرق الاحتيالية فى النصب . شرطه أن يكون الكذب مصحوباً بأعمال مادية ومظاهر خارجية تحمل المجنى عليه على تصديقه .

- (الطعن رقم ٦٠٥٨ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

- ٤ - اغفال حكم الادانة فى جريمة النصب بيان كيفية تداخل الطاعن فى الجريمة والطرق الاحتيالية التى استخدمها والصلة بينه وبين المتهم

الآخر وبين تسليم المال . قصور .

- وحدة الواقعة وحسن سير العدالة توجب امتداد أثر الطعن للمحكوم عليه الآخر .
- (الطعن رقم ٦٠٥٨ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

نقد

- تقييد اللائحة التنفيذية للقانون ٩٧ لسنة ١٩٧٦ . حق المسافر فى حمل النقد الأجنبى السابق اثبات دخوله الى البلاد بالمخالفة لنص القانون . أثزه ؟

- (الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

نقض

- (أ) التقرير بالطعن وايداع الأسباب وتوقيعها :

- ١ - ابداء الطاعن السجين رغبته فى الطعن بالنقض فى الميعاد .

- امتناع كاتب السجن عن تحرير التقرير لعدم وصول نموذج التقرير . تحرير التقرير فور وروده إعتبار عدم مراعاة ميعاد الطعن لسبب خارج عن إرادته . أثر ذلك ؟

- ٢ - دخول الطعن فى حوزة محكمة النقض . مناطه : التقرير به فى الميعاد .

- تقديم أسباب الطعن . لا يغنى عن التقرير به .

- (الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

- ٣ - وجوب توقيع أسباب الطعن المقدم من المحكوم عليه من محام مقبول أمام النقض .
- المادة ٣٤ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

- توقيع أسباب الطعن بالتصوير الضوئى أو الآلة الكاتبة أو أية وسيلة فنية أخرى لا يقوم مقام أصل التوقيع . علة ذلك ؟

- (الطعن رقم ٣٧٨٠ لسنة ٥٨ فى جلسة ١٩٨٨/١١/٦)

- ٤ - التقرير بالطعن بالنقض . مناط اتصال المحكمة به . تقديم الأسباب فى الميعاد . شرط

(ب) الصفة والمصلحة في الطعن :

١ - لا يقبل من أوجه الطعن على الحكم إلا ما كان متصلاً بشخص الطاعن وكان له مصلحة فيه .

(الطعن رقم ٣٦٨٩ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/٩/٢٦)

٢ - عدم تقديم المحامي التوكيل الذي يخوله الطعن بالنقض . نيابة عن المحكوم عليه . أثره . عدم قبول الطعن شكلاً . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٠٣ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٠)

٣ - ولى القاصر . وكيل جبرى عنه بحكم القانون . مؤدى ذلك ؟

(الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/١١/٢٨)

٤ - وجوب أن يكون المحامي المقرر بالطعن بالنقض في المواد الجنائية وكيلًا عن الطاعن وقت التقرير به . أساس ذلك ؟

الطعن في الأحكام . يستلزم توكيل خاص . أو توكيل عام ينعى فيه على ذلك .

(الطعن رقم ٢٨٩ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

٥ - حق النيابة العامة في الطعن . رهن بتوافر المصلحة لها أو للمحكوم عليه . انتفاء هذه المصلحة . أثره . عدم قبول الطعن . علة ذلك .

- عدم جواز طعن النيابة العامة في الأحكام لمصلحة القانون .

(الطعن رقم ٤٥٣٩ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٩/٢/٩)

(ج) ما يجوز وما لا يجوز الطعن فيه من الأحكام :

١ - القضاء الغير منه للخصومة في الدعوى عدم جواز الطعن فيه بطريق النقض . مثال :

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٥ في جلسة ١٩٨٦/٣/٣)

لقبوله . التقرير بالطعن دون ايداع أسباب . أثره . عدم قبول الطعن شكلاً . علة ذلك . التقرير بالطعن وتقديم أسبابه يكونان معاً وحدة إجرائية لا يقوم فيها أحدهما مقام الآخر ولا يغنى عنه .

(الطعن رقم ٤٢٣٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

٥ - وجوب توقيع تقرير الأسباب من محام مقبول أمام محكمة النقض . المادة ٣٤ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

محامو الادارات القانونية للهيئات العامة وشركات القطاع العام والمؤسسات الصحفية . لا يحوز مزاوالتهم أعمال المحاماة لغير جهة عملهم . مخالفة ذلك . أثره : بطلان العمل . المادة ٧ من القانون ١٧ لسنة ١٩٨٣ المعدلة .

توقيع تقرير الأسباب من محام لاحدى الهيئات العامة . أثره . عدم قبول الطعن شكلاً . أساس ذلك ؟

١ الطعن رقم ٣٣٢٤ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥

٦ - عدم التقرير بالطعن لا يجعل للطعن قائمة . ولا تفصل به المحكمة ولا يغنى عنه أى إجراء آخر .

جواز الطعن من عدمه مسألة سابقة على النظر في شكله .

حق الطعن بالنقض مناطه : أن يكون الطاعن طرفاً في الحكم النهائي الصادر من آخر درجة وأن يكون هذا الحكم قد أضر به .

(الطعن رقم ٤٢٥٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١/١٩)

٧ - التقرير بالطعن . أثره : دخول الطعن فى حوزة محكمة النقض . أثر تخلفه . عدم قبول الطعن شكلاً .

(الطعن رقم ٨٩٨٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٣/٢)

٢ - عدم جواز الطعن بالنقض إلا في الأحكام النهائية الصادرة من آخر درجة في مواد الجنايات والجنح . المادة ٣٠ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

- عدم قبول الطعن بالنقض في الحكم . ما دام الطعن فيه بطريق المعارضة جائزاً . المادة ٣٢ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .
- مثال .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)
٣ - عدم جواز الطعن بالنقض في الأحكام الصادرة في المخالفات مرده الطعن الموجه إلى المخالفة وحدها . جواز الطعن بالنقض في الحكم الصادر في الجنحة والمخالفة معاً وإن تميزت الواقعة في كل منهما . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ١٥٣٧ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)
٤ - محاكمة الطاعن أمام محكمة أمن الدولة طبقاً لقانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ٥٨ في بعد إعلانها القرار الجمهوري رقم ٥٦٠ لسنة ١٩٨١ . أثره : عدم جواز الطعن بأي وجه في الأحكام الصادرة فيها .
(الطعن رقم ٦٠٠٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/٢/١)

(د) حالات الطعن الخطأ في تطبيق القانون :

١ - عقوبة جريمة السكر بالطريق العام هي الحبس الذي لا تقل مدته عن أسبوعين ولا تزيد على ستة أشهر أو الغرامة التي لا تقل عن عشرين جنيهاً ولا تزيد على مائة جنية . المادة ٧ من القانون ٩٣ لسنة ١٩٧٦ .

- تعديل الحكم المستأنف ونزوله بالعقوبة إلى الحبس أسبوعاً مع الشغل خطأ في القانون يوجب نقضه .

- عدم خضوع الخطأ الذي تردى فيه الحكم لأي تقدير موضوعي . يوجب على محكمة النقض تصحيحه وفقاً للقانون . المادة ٣٩ القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٢٧٥٢ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)
٢ - حق محكمة النقض أن تنقض الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها للخطأ في تطبيق القانون . المادة ٣٥ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

نقض الحكم لهذا السبب بالنسبة للطاعن يقتضي نقضه بالنسبة للمحكوم عليه الآخر لاتصال وجه الطعن به .

(الطعن رقم ٣٠٤٢ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/١٣)
(الطعن رقم ٤٢٢٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)
٧ - وجه الطعن : وجوب أن يكون واضحاً محدداً .

النعي على الحكم عدم رده على أوجه الدفاع الجوهرية المبدأة من الطاعن دون الإفصاح عن ماهية هذه الأوجه أو تحديدها . أثره . عدم قبول النعي . علة ذلك ؟
(الطعن رقم ٥٦٠٨ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/٣)

٨ - عدم جدوى نعي النيابة على الحكم صدوره من محكمة غير مختصة . ما دامت لا تنعي على الحكم ما قضى به من براءة المتهم .
(الطعن رقم ٤٥٣٩ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٩/٢/٩)

(ح) نظر الطعن والحكم فيه :

١ - قصر الحكم بحثه على الاختصاص دون التعرض لموضوع الواقعة . وجوب أن يكون النقض مقروناً بالأحالة .
(الطعن رقم ٦٠٤١ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١٥)

من اثبات الطاعن لهذا النقد بالاقرار الجمركي عند قدومه الى مصر في مرة سابقة . خطأ في القانون .

- خطأ الحكم في تطبيق القانون - حق محكمة النقض تصحيحه .

(الطعن رقم ٦١٥٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/١٩)

(هـ) أسباب الطعن . تحديدها :

- وجه الطعن يجب لقبوله أن يكون واضحاً محدوداً .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

(و) أسباب الطعن . تصدرها :

القصور الذي يتسع له وجه الطعن له الصدارة على أوجه الطعن الأخرى المتعلقة بمخالفة القانون .

(الطعن رقم ٥٩٧٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١١)

(ز) أسباب الطعن . ما لا يقبل منها :

١ - ليس للطاعن أن ينعى على المحكمة فعودها عن القيام باجراء لم يطلب منها أو الرد على دفاع لم يثر أمامها .

(الطعن رقم ٢٤٩٢ لسنة ٥٦ في جلسة ١٩٨٨/٥/٣٠)

٢ - اثاره اندناع الموضوعي لأول مرة أمام النقض . غير مقبول .

النعى على المحكمة فعودها عن اجراء تحقيق لم يطلب فيها . غير مقبول .

(الطعن رقم ١٥٩٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٥)

٣ - تعيب التحقيق الذي أجرته النيابة العامة . لا يقبل إثارته لأول مرة وأمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٤٢٢٥ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١١/١٧)

٢ - كون العبارات التي سطرها الطاعن لا تقع تحت نص المادة ٣٠٢ عقوبات ولا تشكل أى جريمة أخرى . وجوب نقض الحكم وبراءة الطاعن .

- وحدة الواقعة واتصال وجه الطعن بمحكوم عليه لم يقرر بالطعن . يوجب امتداد أثر نقض الحكم اليه .

(الطعن رقم ٥٧٣٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/٥)

(ط) أثر الطعن :

١ - نقض الحكم بالنسبة للطاعنين الأول والثاني يقتضى نقضه بالنسبة للطاعنة الثالثة النى قضى بعدم قبول طعنها شكلاً لوحدة الواقعة وحسن سير العدالة عملاً بنص المادة ٤٢ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ في شأن حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض .

(الطعن رقم ٣٧٢٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٠/٢٠)

٢ - من لم يكن له حق الطعن بالنقض . لا يفيد من نقض الحكم .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٣ - اتصال وجه الطعن بمحكوم عليه لم يقرر بالطعن بالنقض . يوجب امتداد أثر الطعن اليه .

(الطعن رقم ٣٩٠٦ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١١/٣)

٤ - نقض الحكم بالنسبة لمن لم يطعن من الخصوم . مشروط باستئناف الحكم الابتدائي واتصال المحكمة الاستئنافية بموضوع الدعوى . المادة ٤٢ من القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ ..

- مثال .

(الطعن رقم ١٣٦٣ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٣ - إدانة الطاعن بجريمة الشروع في إخراج نقد أجنبي من البلاد رغم ما أورده الحكم

(ي) سقوط الطعن :

سقوط الطعن بالنقض : المرفوع من المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية . جزاء تخلفه عن تقديم نفسه للتنفيذ قبل الجلسة المحددة لنظر طعنه .

عدم ورود الطعن بالنقض إلا على حكم نهائي .

مجرد التقرير بالطعن بالنقض . لا يترتب عليه إيقاف تنفيذ الأحكام الواجبة التنفيذ المادة ٤٦٩ إجراءات .

(الطعن رقم ٣٢٨٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٥)

(ك) الطعن للمرة الثانية :

كون الطعن للمرة الثانية وجوب تحديد جلسة لنظر الموضوع م / ٤٥ من قانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ .

(الطعن رقم ٦٠٦٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٢)

نيابة عامة

١ - للنيابة العامة سلطات قاضي التحقيق في تحقيق الجنايات التي تختص بها محكمة أمن الدولة العليا ومنها جناية الرشوة . أساس ذلك ؟ القانون ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ .

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

٢ - حق عضو النيابة في الاستعانة بأهل الخبرة وطلب رأيهم شفاهة أو كتابة بغير حلف يمين . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٢٣٤٦ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/٢/٣)

٣ - حق النيابة العامة في الطعن بالنقض في الحكم لمصلحة المتهم . مقيد بقيود طعنه .

(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٤ - توقيع المحكمة الجزئية العقوبة المقرر إبقائها من محكمة الأحداث على الحدث انتفاء مصلحة المحكوم عليه في الطعن .

(الطعن رقم ٥٦٢٥ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٥ - الجدل الموضوعي في تقدير الدليل وفي سلطة المحكمة في استنباط معتقدها غير جائز أمام النقض .

(الطعن رقم ٤٢١٤ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/١)

٦ - إدانة الطاعن بجريمة الشروع في السرقة مع آخر من إحدى وسائل النقل البرية مع حمل سلاح المنصوص عليها في المادة ٣١٦ أولاً من قانون العقوبات وليس بجريمة السرقة بالاكراه . عدم قبول النعي على الحكم بالقصور في استظهار ظرف الاكراه لعدم تعلقه بالحكم المطعون فيه أو اتصاله به .

بطلان الحكم ذاته ووحدة الواقعة وحسن سير العدالة . توجب امتداد أثر الطعن لباقي الطاعنين والمحكوم علي لم يقبل طعنه شكلاً .

(الطعن رقم ٦٠٠٧ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٨)

٧ - نقض الحكم بالنسبة للمتهم يقتضي نقض أيضاً بالنسبة للمسئول عن الحقوق المدنية . أساس ذلك ؟

(الطعن رقم ٥٥٩٠ لسنة ٥٧ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

٨ - من لم يكن طرفاً في الخصومة الاستئنافية . لا يفيد من نقض الحكم .

(الطعن رقم ٧٤٠ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٨/١٢/٢٩)

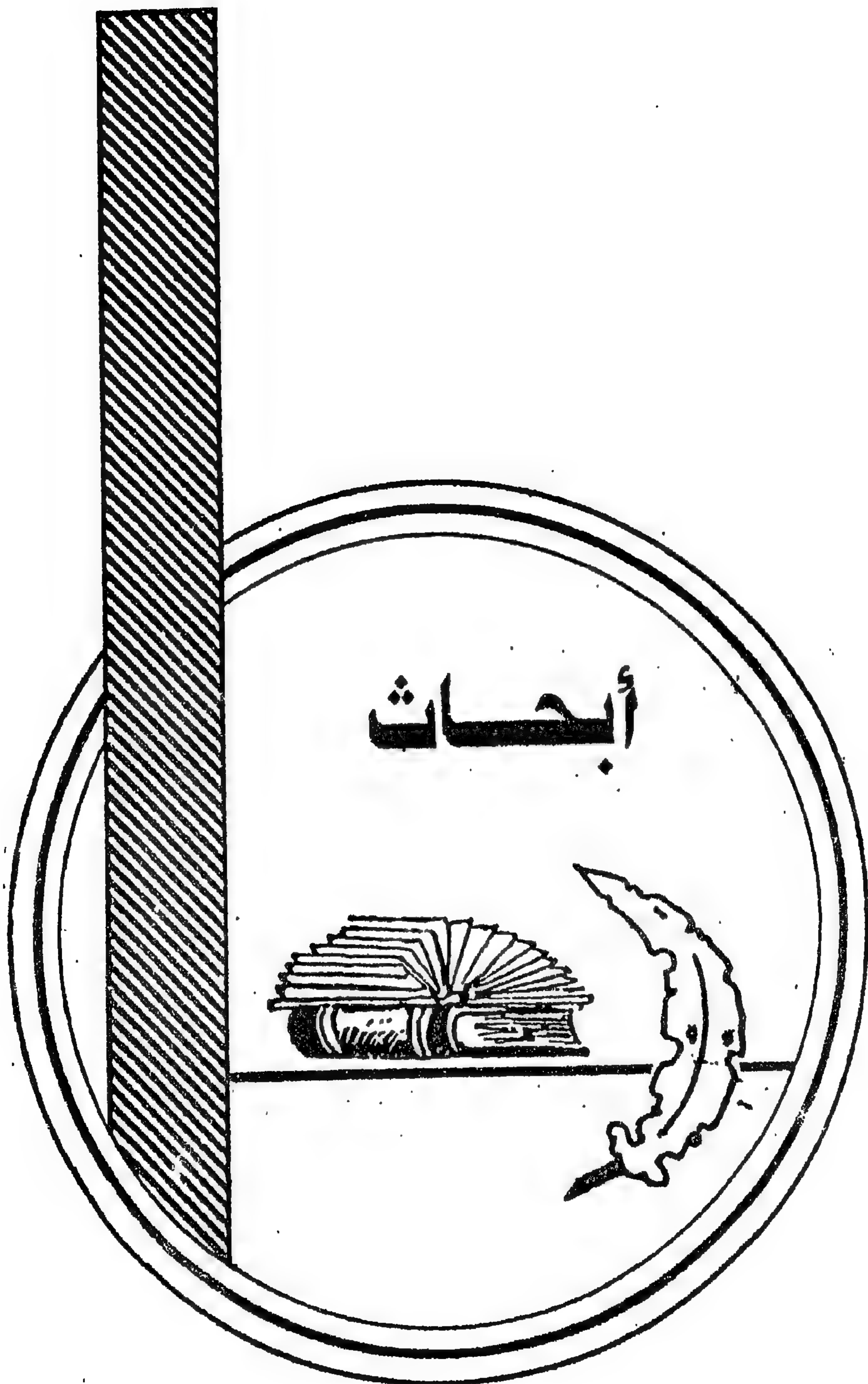
٩ - اتصال وجه الطعن بغير الطاعن يوجب نقض الحكم بالنسبة اليه بوحدة الواقعة وحسن سير العدالة .

(الطعن رقم ٦١٧٣ لسنة ٥٨ في جلسة ١٩٨٩/١/٥)

عظمة المحاماة ..

إن المحاماة تسمو إلى أعلى درجات الرفعة دون أن تفقد شيئا من حرياتها الأصلية ، إنها تستطيع أن تجعل من الإنسان رجلا نبيلًا دون نظر إلى مولد ، وثريا دون مال ، ورفيعا دون ألقاب ، وسعيدا دون حاجة إلى ثروة .

«ديبان : نقيب المحامين بفرنسا الأسبق،



أحكام الأرض في الشريعة الإسلامية

للاستاذ المستشار/ محمود الشربيني

نائب رئيس مجلس النوبة وعضو المجلس الأعلى للشئون الإسلامية

مقدمة :

بسم الله الرحمن الرحيم
والحمد لله رب العالمين
والصلاة والسلام على سيد
المرسلين سيدنا محمد ﷺ ...
وبعد ..

فان أهم ما تتميز به
الشريعة الإسلامية أنها ليست
شريعة عقائد وعبادات فقط
وإنما هي شريعة متكاملة
نظمت أحكام العبادات
والمعاملات والأحوال
الشخصية والحدود .

ويعتبر النظام الجنائي
الإسلامي أحكم وأدق النظم
الجنائية وكيف لا وهو من عند
الله سبحانه وتعالى أحكم
الحاكمين .

والنظام الجنائي الإسلامي
يقوم على أساس الدين
الإسلامي وتتحصل المقاصد
الرئيسية للشريعة الإسلامية
في ثلاثة أمور هي :

الأول : حفظ كل ما هو
ضروري للناس في حياتهم
وهذه الضروريات هي الدين
والنفس والعقل والنسل

والمال .

الثاني : هو توفير حاجيات
الناس وهي أدنى من
الضروريات لأنه يترتب على
فقدان أي منهما الحاق الحرج
والمشقة بالناس .

الثالث : هو تحقيق ما فيه
تحسين حال الأفراد والجماعة
مما يقتضيه التطور من حال
إلى حال بحسب ظروف
الزمان والمكان وتقتضيه
الآداب وسير الأمور على
الوجه الأمثل .

ووجه ارتباط النظام الجنائي
الإسلامي بالمقاصد الأساسية
سابقة الذكر يتجلى في أن
الجرائم الخطيرة في نظر
الإسلام هي التي تخل
بالضروريات ولذلك واجهها
الشارع الإسلامي بعقوبات
شديدة وقاسية كالرجم والقطع
وعلى رأس هذه الجرائم جرائم
الحدود وهي الردة والبغى
(وهما يخلان بالدين) وشرب
الخمير (وهو يخل بالعقل)
والزنا والقذف (وهما يخلان
بالنسل) والسرقه والحراية

(وهما يخلان بالمال والنفس
والأمن العام) ثم يلي ذلك
جرائم القصاص والدية وهي
جرائم الاعتداء على النفس
بالقتل والجرح .

أما الجرائم الأقل خطورة
من جرائم الحدود وجرائم
القصاص والدية فإنها تعرف
بالتعازير وهي الجرائم التي
يعاقب عليها بعقوبة أو أكثر
من عقوبات التعازير وهي
تتدرج في الشدة من جلد إلى
حبس وسجن وأبعاد
(تغريب) ونحوه ومنها
ما هو خفيف مثل مجرد اللوم
والتأنيب .

ويشتمل التشريع الجنائي
الإسلامي على أرقى المبادئ
الجنائية كمبدأ (لا جريمة
ولا عقوبة إلا بنص) وكذلك
مبدأ (عدم رجعية العقوبات)
ومبدأ (شخصية العقوبة)
ومبدأ (عمومية العقوبة أو
المساواة أمامها) كما تعرف
الشريعة الإسلامية نظريات
الشروع في الجريمة
والاشتراك فيها والقصد
الجنائي والمسئولية الجنائية

والضرورة والاكراه والدفاع الشرعى وتعدد الجرائم وتداخلها والعود ..

أنواع العقوبات فى الشريعة الاسلامية

وتنقسم العقوبات فى الشريعة الاسلامية الى ثلاثة أنواع هى :

(١) عقوبات الحدود .

(٢) عقوبات القصاص والدية والأرش .

(٣) التعازير .

وموضوع بحثنا هو أحكام الأرش ويدخل فى النوع الثانى .

معنى الأرش لغة (١) :

الأرش من الجراحات هو ما ليس له قدر معلوم وقيل هو دية الجراحات وأروش الجنايات والجراحات جائزة لها عما حصل فيها من النقص وسمى أرشاً لأنه من أسباب النزاع يقال أرشت بين القوم اذا أوقعت بينهم والمأروش أى المخدوع وقيل الأرش هو الدية ..

وقيل الأرش من الجراحات كالشجه ونحوها وقيل أصل الأرش الخدش ثم قيل لما يؤخذ دية لها أرش

وقيل أنه ما يؤخذ من الواطئ ثمناً لوطء المرأة ويطلق أيضاً فى المعاملات المدنية على ما يدفع عن العيب فى السلفة . نسمى ما نقص العيب الثوب أرشاً إذا كان سبباً للأرش . وجمع الأرش أروش .

الفرق بين الأرش والدية وحكومة العدل :

الأرش هو جزء من الدية مقرر سلفاً .

والدية هى التى تدفع فى جرائم القتل وهى ألف دينار ذهب أو مائة من الابل .

وحكومة العدل هى تعويض عما لحق المجنى عليه من الألم فيما لا يستطيع القصاص فيه وتفترق عن

الأرش فى أن الأرش هو جزء من الدية مقرر سلفاً أما حكومة العدل فغير مقررة ويرجع تقديرها الى القاضى بحسب كل حالة على حدة .

الحالات التى يجب فيها الأرش

يجب الأرش فى الحالات الثلاث الآتية :

(١) اذا سقط القصاص بسبب فوات العضو أو بالعفو عن الجانى أو بالصلح معه .

(٢) اذا تعذر القصاص بسبب من الأسباب .

(٣) برغبة المجنى عليه .

وقد كتب النبى ﷺ الى أهل اليمن كتاباً فيه الفرائض والسنن والديات وبعث به مع عمرو ابن حزم فقرئت على أهل اليمن وهى :

(من محمد النبى الى شرحبيل بن عبد كلال ونعيم ابن عبد كلال أما بعد فان من اعتبط مؤمناً قتلاً عن بيته فانه قود إلا أن يرضى أولياء المقتول فان النفس بالنفس الدية مائة من الابل وفى الأنف اذا أوعب جدعاً الدية وفى اللسان الدية وفى الشفتين الدية وفى البيضتين الدية وفى الذكر الدية وفى اصيلب الدية وفى العينين الدية وفى الرجل الواحدة نصف الدية وفى الأمومة ثلث الدية وفى الجائفة ثلث الدية وفى المنقلة خمس عشرة من الابل وفى كل أصبع من أصابع اليد والرجل عشر من الابل وفى السن خمس من الابل وفى الموضحة خمس من الابل وأن الرجل يقتل بالمرأة وعلى أهل الذهب ألف دينار) .

أنواع الأرش

الأرش نوعان هما :

- (١) أرش الأعضاء .
- (٢) أرش الجراح .

أولاً : أرش الأعضاء

القاعدة أن في النفس دية كاملة وفي الأعضاء الثلاث اللسان والأنف والذكر والصلب الدية كاملة وفي العقل والسمع والبصر والشم والذوق والحواس الدية كاملة .

والأعضاء على خمسة أنواع فمنها ما هو أفراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو أرباع ومنها ما هو أعشار ومنها ما يزيد على ذلك ففي كل واحد من الأفراد كاللسان والأنف والذكر والصلب تجب الدية وفي كل نوع من المزدوج كالرجلين واليدين والعينين والمنخرين والشففتين تجب نصف الدية وفي الأرباع كأجفان العين وأهدابها ربع الدية وفي الأعشار كأصابع اليدين أو الرجلين عشر الدية .

وفي كل اثنتين من البدن في فواتهما كمال الدية يكون في فوات أحدهما أرش مقدر بنصف الدية كاليدين والرجلين والعينين والأذنين والأنثيين وثديي المرأة والحلمتين لفوات

جنس منفعة الأرضاع وفي أحدهما نصف الدية سواء قطع الحلمة من ثدي المرأة أو قطع الثدي وفيه الحلمة ففيه نصف الدية للحلمة والثدي تبع لأن المقصود من الثدي وهو منفعة الأرضاع يفوت بفوات الحلمة .

والحاجبان إذا لم تنبتا والشففتان فيهما الدية .

وفي ذكر الرجل الدية كاملة لأن فيه تفويت منفعة جسمه من الوطء والإيلاج . واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والإيلاج الذي هو طريق الإغلاق عادة وفي الأنثيين الدية كاملة .

وإذا انتقلنا إلى الفروع فإنه يمكن إجمال أحكامها فيما يأتي :

(١) الشفتان :

في الشفتان الدية كاملة لأنهما عضوان ليس في البدن مثلهما ففيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فانهما طبق على الفم تقيانه ما يؤذيه ويستتران الأسنان ويردان الريق وينفخ بهما الكلام فان منهما بعض مخارج الحروف .

وفي كل واحدة منهما نصف الدية سواء العليا أو

السفلى وأن أشلهما ففيه الدية كاملة .

(٢) الأذنان :

المشهور عند الامام مالك رضي الله عنه أنه لا تجب في الأذنين الدية كاملة الا اذا ذهب السمع فان لم يذهب ففيهما حكومة عدل .

ويرى الحنابلة أن قطع بعض إحدى الأذنين يجب فيها الدية بقدر ما قطع ففي نصفها نصف ديتها وفي ربعها ربع الدية وعلى هذا الحساب سواء قطع من أعلى الأذن أو أسفلها .

وتجب الدية في أذن الأصم لأن الصمم نقص في غير الأذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى لا يؤثر في دية الأجفان .

(٣) الحاجبان وأشفار العين والأهداب والأجفان :

في أشفار العين الدية وفي أحدهما ربع الدية وذلك لأنه تفويت للجمال على الكمال وحبس المنفعة وهي منفعة الأذى والقذى عن العين اذ هو يندفع بالهدب واذا كان الواجب في الكل كل الدية وهي أربعة كان في أحدها ربع الدية وفي ثلاثة منها ثلاثة أرباعها .

وسواء في ذلك قطع الشعر وحده أو قطع معه الجفن وهذا رأى الحنفية والحنابلة .

وأما الحاجبان ففيهما عند مالك الشافعى حكومة عدل وكذلك في أشفار العين . وذلك لأنه لا مجال عندهم للقياس فيما لم يثبت من قبل السماع فيه دية فالأصل أن فيه حكومة عدل كذلك الحواجب ليست أعضاء لها منفعة وإلا فعل .

وأما الأجفان فعند مالك في جفن العين حكومة وكذلك في الحاجب .

أما الشافعى فيرى في كل واحد من الأجفان ربع الدية لأنه لا بقاء للعين بدون الأجفان .

(٤) العين :

وفيها التفصيل الآتى :

(١) العين القائمة :

اختلف العلماء في ديتها فمالك والشافعى وأبو حنيفة يرون العين القائمة الشكل التى ذهب بعدها حكومة عدل .

وروى عن عمر بن الخطاب وعبد الله بن عباس أنهما قضيا في العين القائمة الشكل بثلاث الدية .

وأحمد بن حنبل يرى في

ذهاب العينين الدية كاملة وفي ذهاب عين واحدة نصف الدية .

(٢) عين الأعور السليمة :

وفيها قولان الأول بأن الدية كاملة وهذا رأى مالك والحنابلة .

والثانى بأن فيها نصف الدية وهو قول الشافعى وأبو حنيفة .

(٣) أرش ضعف البصر :

ويكون في حالة اضعاف البصر هي دية ما نقص من بصره وإن كان نقص البصر نتيجة لضربة وكانت الشجة يجب بها أرش مقدر كالموضحة في الحاجب ، فإنه يكون أرشها مع دية ما نقص من البصر لأن أرش الموضحة أمر ثابت بنفسه .

(٤) أرش الأنف :

إذا كان الأنف قد جدد ففيه الدية كاملة أما إذا قطع بعض أنفه فبقدره من الدية . وإن قطع أحد المنخرين ففيه ثلث الدية وفي المنخرين ثلثاهما وفي الحاجز بينهما الثلث . وفي زوال الشم الدية كاملة . وإن أشل الأنف دون ذهاب الشم ففيه حكومة عدل .

(٥) أرش اللسان :

فى اللسان الناطق الدية كاملة ، إذا فقد النطق أما إذا منع بعض الكلام ففيه بقدر ما منع من الكلام . وإذا ترتب على الفعل اذهاب الذوق كله ففيه دية كاملة وإن نقص الذوق فالدية بقدر ما نقص . وإن قطع لسان أخرس ففيه حكومة عدل .

(٦) أرش الأصابع :

فى كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين عشر الدية أى عشر من الأبل . وفى أصابع الرجلين كلها الدية كاملة . وتقدر الدية كذلك سواء قطع أصابع اليد وحدها أو قطع الكف ومعها الأصابع وكذلك القدم مع الأصابع . كذلك يجب الأرش كاملاً إذا ضرب يده فشلت حتى لا ينتفع بها .

(٧) أرش الأسنان :

فى كل سن خمس من الأبل لقوله ﷺ (وفى كل سن خمس من الأبل) والأسنان والأضراس كلها سواء .

(٨) أرش قرع الرأس :

قال أحمد بن حنبل أنه فى هذه الحالة تستحق الدية كاملة .

ثانياً : أرش الجراح

وأرش الجراح على
التفصيل الآتى :

(١) ما دون الموضحة :

والموضحة هى التى
توضح العظمة حتى يبدو
ويظهر . وما دون الموضحة
من الشجاج هو الدامية وهى
التي ينزل منها الدم أى يسيل
وتسمى الدامعة أيضاً
والخارجية وهى التى تشق
الجلد قليلاً ولا تدميه والباضعة
وهى التى تشق اللحم بعد الجلد
والملاحمة وهى التى تترك
فى اللحم والسحاق وهى التى
بينها وبين العظم قشرة ، وكل
هذه الشجاج ليس لها أرش
يقدر وإنما حكومة عدل لأن
الأصل فى الجراح الحكومة
إلا ما حددت فيه السنة حداً .
ويشترط لحكومة العدل فيما
دون الموضحة أن تبرأ على
شين . وذلك على خلاف فقد
قل أن عدم وجود الشين
لا يعفى من حكومة العدل
بقدر الألم أو أجر الطبيب .

وفى رواية عن زيد بن ثابت
أن أرش الدامية بعير
والباضعة بعيران والملاحمة
ثلاثة أبعة والسحاق أربعة .

(١) الموضحة :

والموضحة كما سبق
وأوضحنا هى التى توضح
العظم حتى يبدو ويظهر
وتكون فى الرأس أو فى
الوجه . وإذا كانت الموضحة
بطريق الأمد ففيها القصاص
أما إذا كانت خطأ ففيها خمس
من الأبل . وفى رواية عن
أحمد أن موضحة الوجه
تضعف على موضحة الرأس
فيجب فيها عشر من الأبل لأن
شبهها أكثر . ويرى مالك أنها
إن كانت فى الأنف أو اللحية
الأسفل ففيها حكومة عدل لأنها
فى هذه الحالة تشبه موضحة
سائر البدن .

ثالثاً : أرش باقى الشجاج

وهى الهاشمة والمنقلة
والمأمومة والجائفة :

(١) والهاشمة وهى التى
توضح العظم وتهشمه وفيها
عشر الدية .

(٢) والمنقلة وهى التى
توضح وتهشم وتنقل عظامها
ليلتئم وفيها عشر الدية ونصف
العشر أى خمس عشرة من
الأبل إذا كانت خطأ .

(٣) والمأمومة هى شجاج
الرأس وهى التى تصل إلى
جلدة الدماغ وتسمى تلك الجلدة

أم الدماغ ، لأنها تجمعها فى
الشجة الواصلة اليها وتسمى
مأمومة وفيها ثلث الدية .

(٤) والجائفة وهى التى تصل
إلى الجوف فيها ثلث الدية إذا
وقعت فى الظهر أو البطن ،
أما إذا وقعت فى غير ذلك من
الأعضاء فنفذت إلى تجويف
عضو من الأعضاء ففيها
ثلث دية ذلك العضو .

(٥) وإن اجافه جائفتين
بينهما حاجز فعليه ثلث الدية .

(٦) وإن خرقة من جانب
فخرج من الجانب الآخر
ففيهما جائفتان .

(٧) وإن طعنه فى هذه
فوصل إلى فمه ففيه حكومة
عدل .

(٨) فإن طعنه فى وجنته
فكسر العظم فليس بجائفه وإنما
يكون عليه دية هاشمة لكسر
العظم وفيما زاد حكومة
عدل .

(٩) وإن جرحه فى فخذه
فوصل الجرح إلى جوفه أو
أوضحه فوصل الجرح إلى
قفاه فعليه دية جائفه وموضحه
وحكومة عدل لجرح القفا
والفخذ .

(١٠) وعدا ما تقدم من
الجروح وكسر العظام مثل

العصصى ففيه حكومة
عدل .

أرش المضروب حتى يحدث
من ضرب انسانا حتى
أحدث سواء كان الحدث ريحا
أو غائطا أو بولا أو أفزعه
حتى أحدث فقد ذهب الأئمة
الى أنه لا شيء فيه ولكن
عثمان رضى الله عنه قضى
فيه بثلاث الدية .

أرش المرأة

هناك خلاف بين الفقهاء فى
أرش المرأة على النحو الآتى :
فجمهور الفقهاء فى المدينة
يرى تساوى المرأة مع الرجل
فى عقلها من الشجاج
والأعضاء الى أن تبلغ ثلث
الدية ، فاذا بلغت ثلث الدية
عادت وديتها الى النصف من
دية الرجل ففى كل أصبع من
أصابعها عشر من الابل وفى
اثنين منها عشرون وفى ثلاث
ثلاثون وفى أربع عشرون
وبذلك قال مالك وأصحابه .

وقالت طائفة بل دية
جراحة الرجل الى الموضحة
ثم تكون دينها على النصف من
دية الرجل .

وقال آخرون بل دية المرأة

فى جراحها وأطرافها على
النصف من دية الرجل فى
قليل ذلك وكثيره وهو قول
على رضى الله عنه
وأبو حنيفة والشافعى .

ما تتحمله العاقلة من الأرش

قال الحنفية أن الأرش
تتحمله العاقلة اذا بلغ نصف
عشر الدية فصاعدا أما ما دون
ذلك فيكون فى مال الجانى
ورأى عن أبو حنيفة أن العاقلة
تحمل من ذلك العشر فما فوقه
من الدية . وقال الشافعى
العاقلة تتحمل القليل والكثير
لأن التحمل من العاقلة لتفريط
منهم فى التحفظ والنصرة .

وقال مالك وفقهاء المدينة أن
العاقلة لا تحمل الا الثلث فما
زاد .

الأرش فى الأعضاء القائمة منافعها

فى مذهب الحنفية فى لسان
الأخرس واليد الشلاء والرجل
العرجاء والعين القائمة
العوراء والسن السوداء ونكر
الجنين حكومة عدل . وذلك
لأن منافع هذه الأعضاء كانت
فائنة قبل الجناية وبالتالي فلا
يجب الأرش .

وقال الامام مالك رضى الله
عنه أن فيها الأرش كاملا لأن
فى قطعها تفويت الجمال
الكامل والجمال مطلوب من
الآدمى كالمنفعة . ويقول
الحنفية أن فيها حكومة عدل .

أرش الجنين

أرش الجنين يسمى غره
وتقدر بنصف عشر دية الرجل
لو كان الجنين ذكرا وعشر دية
المرأة لو كان الجنين أنثى .

وقد تكلم الفقهاء فى
فروض مختلفة وهى :

(١) اذا ألفت الأم الجنين
حيًا فمات فدية كاملة لأنه أُلِفَ
أدميًا خطأ .

(٢) وإن ألقته ميتًا فماتت
الأم فدية وغرة لأن الفعل
يتعدد بتعدد أثره .

(٣) وإن ماتت الأم فألقته
ميتًا فدية فقط .

وقال الشافعى يجب الغرة
مع الدية .

وقال مالك ليس فى جنينها
شيء حتى تقذفه

(٤) واذا ألقته حيًا بعد
ما ماتت يجب عليها ديتان
دية الأم ودية الولد وعند مالك

تلك هي أحكام الأرش في
الشريعة الإسلامية وقد صيغت
بميزان العدل والقسطاس من
لدى حكم قدير سبحانه وتعالى
إنه نعم المولى ونعم النصير .

الرجل أو عشر دية المرأة ولم
يجز البعض أن تقوم الغرة
بالأبل وأجاز البعض ذلك .
وتجب الغرة على العاقلة وقال
مالك تجب في مال الجاني .

لا شيء إذا ماتت الأم ثم خرج
الجنين ثم مات وإنما يجب في
أمه الدية .
مقدار الغرة :
الغرة نصف عشر دية

المراجع

- ١ - المغنى لابن قدامة .
- ٢ - الشرح الصغير للدردير .
- ٣ - الدية في الشريعة الإسلامية للدكتور فتحي بهنسى .

المجتمع الحر ..

إن المجتمع الحر هو ذلك الذى يزاوُل فيه
الشعب بنفسه سلطة السيادة ، والذى تحترم
فيه الدولة حقوق وحرىات المواطنين .

القاضى الأمريكى جون باركر

حقوق الانسان والحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية (دراسة مقارنة)

للاستاذ الدكتور/ حسني درويش عبد الحميد
المستشار بمجلس الدولة

مقدمة :

نظرة الى حقوق الانسان في
الفكر المعاصر والشريعة
الاسلامية

ان ما يتردد اليوم من
مفاهيم وافكار حول حقوق
الانسان وحرياته ان هو ، في
واقع الامر الا حقيقة ولدت مع
الانسان عبر تطور فلسفي
وسياسي واجتماعي
طويل^(١).

ويرجع الاهتمام بحقوق
الانسان الى انها من أغلى القيم
التي يحرص الفرد عليها ،
ويسعى جاهدا لحمايتها ،
والذود عنها لانها تمثل ثمرة
كفاح البشرية خلال سنوات
تاريخها ، والاساس الحقيقي
للمجتمعات المثالية .

وحقوق الانسان فسي
عصرنا الراهن تمثل رمزا
للتطور والارتقاء وعلامة من
علامات التقدم ، ولهذا فقد
 حظيت بالرعاية من جانب
الوثائق الدستورية
والتشريعات الوضعية في
الانظمة السياسية

المعاصرة^(٢).

الفئة الثانية :

الحقوق الاقتصادية
والاجتماعية :

وهي تلك التي تتطلب ،
على العكس من الفئة الاولى ،
تدخلا من جانب الدولة حتى
يمكن كفالة التمتع بها ، كالحق
في العمل والتأمين الاجتماعي
والحق في التعليم والحق في
الصحة .

الفئة الثالثة :

وهي فئة الحقوق التي
اقتضتها ضرورات الحياة
المعاصرة بمشكلاتها المتنوعة
نتيجة للتقدم العلمي الهائل في
كافة المجالات . ويدخل في
نطاق هذه الفئة الحق في بيئة
نقية والحق في الهدوء والحق
في التنمية .

وهذه الفئة الاخيرة من
الحقوق لم تتم صياغتها بعد ،
فانها تكتسب أهمية كبرى في
المستقبل بوصفها ترجمة
لتغيرات كبيرة في مفاهيم
الحياة في جماعة ، كما أنها

وأنه على الرغم من هذه
الاهمية ووضوحها ، فقد
اختلف الفقه بشأن تحديد مفهوم
هذه الحقوق وموضعها بين
الانواع المختلفة للحقوق .
وهو ما أدى الى تعدد واختلاف
الاسس الفكرية والفلسفية التي
قامت عليها وتنوع واختلاف
مضمونها في الايديولوجيات
المعاصرة .

وقد جرت محاولات فقهية
لتصنيف حقوق الانسان وقد
انتهت الى تقسيمها الى فئات
ثلاث .

الفئة الاولى :

الحقوق المدنية والسياسية :

وهي تلك التي تفترض ،
بصفة عامة ، امتناعا من
جانب الدولة حتى يمكن
احترامها ويدخل في هذه الفئة
الحق في الحياة والحرية
وحماية المراسلات واحترام
الحياة الخاصة وحرية الرأي ،
والتعبير والاجتماع .

تتطلب مساهمة فعالة من جانب الافراد والجماعات بالاضافة الى الدولة حتى يمكن كفالنها وتحقيق التمتع بها .

واذا كانت حقوق الانسان قد نالت من الاهتمام مبلغا كبيرا في اعلانات الحقوق والدساتير المعاصرة ، فان الاسلام - قد شرع منذ اربعة عشر قرنا حقوق الانسان في شمول وعمق واحاطها بضمانات كافية لخمانيها ، وجعلت الحرية الشخصية واجبا على الفرد والزاما له ، وليست مجرد رخصة له ان يتمتع بها او لا يتمتع ، اذ ان التمتع بالحقوق التي اقرها الاسلام واجب على الناس يأثمون بتركها ، كما اقرت العدل في المجتمعات البشرية . كما اقر الاسلام للفرد الحماية والصيانة من ان يسفك دمه او ينتهك عرضه او يغتصب ماله او يقتحم مسكنه او يتحكم في ضميره قسرا ، او ان تعطل حريته خداعا او مكرا ، ولا جدال في ان اقرار مثل هذه الحقوق الانسانية يمثل الدرع الواقية من نزوات المستبدين الظالمين .

ويظل الفرد مشمولا بتلك الحماية حتى ينتهك هو احد حقوق الغير بارتكاب جريمة

ما فيرفع عنه جانب من الحماية بقدر جريمته ونبقى له الجوانب الاخرى^(٣) .

وتلك نظرة عن حقوق الانسان وتقسيماته ، سواء في الوثائق والدساتير المعاصرة او في الشريعة الاسلامية .

وننتقل الى الحديث عن موضوع دراستنا

«الحرية المتعلقة بمصالح الافراد المادية»^(٤) .

الحرية المتعلقة بمصالح الافراد المادية

الحرية كما عرفت المادة الرابعة من اعلان حقوق الانسان الذي اصدرته فرنسا سنة ١٧٨٩ هي . «قدرة الانسان على اتيان عمل لا يضر بالآخرين . ويجب ان تكون الحرية للمواطنين جميعا لا تفرقة بينهم ولا تميز . واذا جاز تحديد الحرية الفردية او تنظيمها ، فانما يكون ذلك بقصد عدم اصرار الشخص في ممارسته لحرية لغيره ، او عدم منعه من ممارسته لحرية هو الآخر فليس الغرض من نفيدها وتنظيمها الا الأبقاء عليها وصيانتها من العبث والفوضى .

واذا لم يكن إعلان الحقوق

الفرنسي قد حدد مضمون الحرية وحدودها ، فانه قد ترك التحديد للقوانين الوضعية بشرط الا يكون الغرض من التحديد الاضرار بالغير . وبشرط أن يكون حدود التنظيم عامة غير تحكمية .

وتنقسم الحريات الفردية الى قسمين رئيسيين ، الأول يجمع الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية ، ويجمع الثاني الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المعنوية .

وتقتصر دراستنا على حريات القسم الأول ألا وهي الحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية وتنقسم دراستنا - في هذا الصدد - على النحو التالي : -

مبحث أول : الحرية الشخصية .

مبحث ثان : حرمة المسكن .

مبحث ثالث : حرية الأمن

مبحث رابع : حرية التنقل

مبحث خامس : حرية العمل .

مبحث سادس : حرية

التملك .

مبحث أول الحرية الشخصية

الحرية الشخصية هي الحرية بمعناها الدقيق ، هي التي تقيد تمتع الفرد بحريته الجسمانية وحرية في التنقل داخل الدولة والخروج منها ، وكذلك حقه في الأمن بعدم جواز القبض عليه أو حبسه أو اعتقاله ، إلا طبقاً للقانون وفي الحدود والإجراءات التي يقرها .

وتأتى الحريات الشخصية في مقدمة الحريات باعتبارها لازمة لامكان التمتع بغيرها من الحريات العامة ، بل انها تعد شرط وجود لغيرها من الحريات الفردية والسياسية على السواء ، فلا قيمة لتقرير حق الانتخاب مثلاً اذا لم يتقرر بجانبه حق الفرد في التنقل وفي عدم جواز القبض عليه أو حبسه أو ابعاده بغير مسوغ قانوني فإذا كان للجهة الادارية سلطة مطلقة في القبض على الأفراد أو حبسهم أو منعهم من التنقل من مكان الى آخر مثلاً فإنها تستطيع أن تحرم خصومها من ممارسة حقوقهم الانتخابية بمنعهم من الذهاب الى مقر اللجان الانتخابية سواء باعتقالهم أو بحرمانهم من حرية التنقل . كذلك لا يكون لتقرير حرية التجارة

والصناعة والتملك قيمة اذا سلب الفرد مكنة التنقل اللازمة لأجراء عمليات البيع والشراء والتعاقد ، أو اذا حبس وامتنع عليه امكان الاتصال بمن يريد التعامل معهم . فالحرية الشخصية تمثل في الواقع مركز الدائرة بالنسبة الى جميع الحريات الأخرى (٥) .

وفي نظر البعض (١) الحرية الشخصية هي حرية الفرد الجسمانية وحرية في التنقل داخل الدولة والخروج منها والعودة اليها كلما اراد ، وكذلك حقه في الأمن بمعنى عدم جواز القبض عليه أو حبسه أو معاقبته إلا بمقتضى القانون وفي الحدود التي يقرها القانون .

والحرية الشخصية - في قضاء مجلس الدولة (٧) - حق أصيل للإنسان ، وجماع ما في العالم من مزايا وصفات ، نشأت منذ الخلق الأول وتمشت مع تطور الحياة جنباً الى جنب ، فاذا ما نصت عليها الشرائع فانما لتأكيدا وتمكين أصولها ثم توجيهها وتنظيمها لخير الافراد ورعاية للصالح العام .

وترتبط على ذلك فان الحرية الشخصية حق مقرر لا

يجوز الحد منه أو انتقاصه إلا لمصلحة عامة في حدود القوانين واللوائح ودون تعسف أو انحراف في استعمال السلطة ، وقد كفلتها دساتير العالم اجمع وقررت لها من الضمانات ما تسمو بها عن المآرب الشخصية وتناى بها عن الهوى وتكفل لابناء البلاد جميعاً تمتعهم بحقوقهم الفردية ، وهي لا تتقبل من القيود إلا ما كان يهدف منها للخير المشترك للكافة ورعاية الصالح العام .

ولقد توافر النص على الحرية الشخصية في الدساتير المصرية (٨) وآخرها دستور ١٩٧١ اذ نص في المادة ٤١ منه أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس ..

وقد أقر الاسلام في مجموعة احكامه هذه الحرية فأمن الناس على انفسهم ومن انفسهم ومن غيرهم وحرّم الحجر على حرياتهم ، بل أن الاسلام قد نهى عن المخاطرة بالنفس ، وقال تعالى «ولا تلقوا بأيديكم الى التهلكة» .

مبحث ثان : حرمة المسكن

يعد حق الانسان في حرمة مسكنه من أغلى حقوقه

واقربها الى ذاته وهو يشمل حقه في الا يقتحم مسكنه أو تفتيشه الا في الأحوال التي ينص عليها القانون ، لأن المسكن بالنسبة للإنسان هو مكنون سره ومستودع خصوصياته ، والمسكن هنا لا يقتصر على المنزل الذي يقيم فيه الشخص إقامة دائمة ، بل ينصرف الى كل مكان يقيم فيه الشخص . سواء بصفة دائمة أو بصفة عرضية . وسواء كان مالكا له أو مستأجرا اياه أو يقيم فيه على سبيل التسامح من مالكه .

وتعتبر حرمة المساكن نتيجة مباشرة للحرية الشخصية وضرورة لازمة لضمان هدوء الشخص وعدم اطلاق راحته . ولذلك لم ينص في اعلان الحقوق على حرمة المسكن .

ولقد ورد النص على حرمة المسكن في الدساتير المصرية السابقة^(٩) .

وتنص المادة ٤٤ من دستور ١٩٧١ على ان للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائي مسبب وفقا لأحكام القانون .

وإذا ما رجعنا إلى القانون

رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ باصدار قانون الاجراءات الجنائية يبين أنه أورد في الفصل الرابع منه تحت عنوان « في دخول المنازل وتفتيشها وتفتيش الاشخاص ، وتنص المادة ٤٥ من هذا القانون على أنه لا يجوز لرجال السلطة الدخول في أى محل مسكون إلا في الأحوال المبينة في القانون » .

وتنص المادة ٤٧ من ذات القانون على أن : «لأمور الضبط القضائي في حالة التلبس بجناية أو جنحة أن يفتش منزل المتهم» .

وقد اطردت أحكام محكمة النقض^(١٠) الى أن الأصل أنه محظور على رجال السلطة الدخول في أى محل مسكون إلا في الأحوال التي يبينها القانون . أما في حالة التلبس بجناية أو جنحة فقد خول القانون مأمور الضبط القضائي بتفتيش منزل المتهم أو توافر الدلائل الكافية التي تجيز القبض أو التفتيش .

إلا أن المحكمة الدستورية العليا^(١١) قضت بعدم دستورية نص المادة ٤٧ من قانون الإجراءات الجنائية المشار إليها ، استنادا إلى أن الدستور

المصري قد حرص على كفالة الحرية الشخصية لاتصالها بكيان الفرد ووجوده ، فأكدت المادة (٤١) من الدستور على أن الحرية الشخصية حق طبيعي وعلى أنها مصونة لا تمس ، كما نصت المادة (٤٤) على أن للمساكن حرمة وأكدت المادة ٤٥ من الدستور على أن لحياة المواطن الخاصة حرمة يحميها القانون ، والدستور المصري الصادر سنة ١٩٧١ لم يكتفى بهذه الحماية الدستورية بإيراد ذلك في عبارات عامة ، كما كانت تنص من قبل الدساتير السابقة والتي كانت تترك للمشرع العادي سلطة لا قيود عليها في تنظيم هذه الحريات ولكن أتى بقواعد أساسية تقرر عدة ضمانات بهذه الحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حرمان وحريات وارتفع بها إلى مصاف القواعد الدستورية .

كما قضت المحكمة أن الدستور المصري توفيقا بين حق الفرد وبين حرمة الشخصية وحرمة مسكنه وحياته الخاصة من ناحية وبين حق المجتمع من ناحية أخرى في القصاص من الجاني وجمع أدلة ثبوت الجريمة

ونسبتهما إليه من نذ - أخرى
فقد أجاز تفتيش الشخص أو
المسكن كأجراء من إجراءات
التحقيق بعد أن احاطه
بضمانات معينة لا يجوز
إهدارها .

ومؤدى هذا القضاء
الدستورى أنه محظور على
مأمور الضبط القضائى تفتيش
منزل المتهم فى حالة التلبس
بجناية أو جنحة إلا بأذن من
النيابة أو بأمر قضائى وذلك
تأكيدا على أن للمساكن حرمة
لا يجوز اقتحامها إلا وفق
إجراءات وضمانات معينة لا
يجوز إهدارها . ومخالفة هذه
الأجراءات وتلك الضمانات
يرتب بطلان الأجراء .

حرمة المسكن فى الشريعة الإسلامية :

المسكن هو المكان يأوى
إليه الإنسان ، ولحرمة أهمية
خاصة فى الإسلام لا لأنه
المأوى ومكان السكن
والاستقرار ، ولكن لأنه فى
ذات الوقت المكان الذى
يتحرك فيه الأسرة دون حرج
من عبث الغير بنظراته
وتطفله .

ومن أجل ذلك بسطت
الشريعة الإسلامية للفرد
ضمانات حماية حياته الخاصة

والأسرية من التدخل
التعسفى ، ومن الحملات
الماسة بالشرف أو السمعة
بحيث لا يجوز لأى فرد أن
يقتحم تلك الخلوة إلا بأذن
صاحبها .

ولحرمة المسكن فى
الإسلام أهمية خاصة ، لذلك
نقف الشريعة الإسلامية موقفا
حازما من أجل صيانة تلك
الحرمة ، فهو مستودع أسرار
صاحبه ، ومقل خصوصياته
وواحدة التى يناجى فيها
نفسه . ومن هنا يحرم دخول
مسكن الغير فى غيبة صاحبه
أو فى حالة رفضه دخوله .
وقد وجد هذا الحق الإنسانى
الأصيل سنده الأساسى فى
قوله تعالى «يا أيها الذين آمنوا
لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم
حتى تستأنسوا وتسلموا على
أهلها . ذلكم خير لكم لعلكم
تذكرون » * فإن لم تجدوا فيها
أحدا فلا تدخلوها حتى يؤذن
لكم وإن قيل لكم ارجعوا
فارجعوا هو أزكى لكم والله
بما تعملون عليم» (١٢) .

ولقد جاء هذا النص
القرآنى الشريف صريحا
ومباشرا فيما يتعلق بحرمة
المسكن فنهى الفرد عن دخول
مسكن الغير حتى يستأذنه
أولا ، بل حتى يستشعر

الترحاب والقبول ، فإذا لم
يسمح صاحب المسكن له
بالدخول فعليه أن يرجع دون
أن يترك ذلك أى أثر فى قلبه ،
فلا يكفى بأن يتم الآن تحت
ضغط الحياء ، فشرط
الاستئناس هنا أعمق وأبعد
أثرا من الاستئذان ، وأهمية
تمتع الفرد بهذا الحق نابعة من
كون المسكن هو المكان الذى
يأوى إليه الإنسان ويستقر
فيه ، وهو الذى تتحرك فيه
الأسرة بحرية مطلقة دون
خوف أو حرج من عبث
الناظرين وتطفلهم . ولذلك
اعتبرت الشريعة الإسلامية
وجود الشخص فى مسكن
غيره دون أن يتضح قصده من
الدخول ودون أن يكون هذا
الدخول برضاء صاحب الحق
جريمة تستحق التعزيز (١٣) .

إلا أن هذا الحق غير
مطلق ، وإنما هو مقيد بحقوق
الجماعة ودون اعتداء أو
إضرار بمصالح الآخرين ،
فالفرء حر فى ممارسة حقه
تحقيقا لمصلحته دون أن يضر
بمصلحة الجماعة وإلا كان
متعسفا فى استعمال الحق .
وعلى ذلك إذا كان لا يجوز
دخول مسكن الغير دون
استئذان صاحبه إلا أنه ليس
هناك ما يمنع - استثناء دخول

المسكن الخاص دون إذن إذا اقتضت مصلحة الجماعة ذلك .

وكما للمسكن الخاص من حرمة لا يجوز انتهاكها إلا في أحوال محددة وبشروط خاصة تحرم الشريعة الإسلامية التجسس والتلصص لهذا وراء تكشف عورات الناس وسرية احاديثهم وفي هذا يقول رب العزة «يا أيها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن إن بعض الظن إثم ، ولا تجسسوا ولا يغتب بعضكم بعضا» بل إن التجسس إجراء محرم حتى ولو كان الغرض منه تحقيق هدف مشروع . فالغاية في الشريعة الإسلامية تأخذ حكم الوسيلة بمعنى أنه يلزم أن تكون الوسيلة والغاية مشروعيتين .

ولقد أيدت السنة النبوية الشريفة هذا الحق الإنساني الاصيل وذلك في قول نبينا الكريم «اياكم والظن فان الظن اكذب الحديث ، ولا تجسسوا ولا تحاسدوا ولا تباغضوا ، وكونوا عباد الله اخوانا» .

مبحث ثالث : حق الأمن

يعنى حق الأمن عدم جواز القبض على أى شخص أو اعتقاله أو حبسه إلا في

الحالات المنصوص عليها في القانون وبالضمانات والاجراءات التي حددها^(١٤) .

ولقد عنت المواثيق واعلانات الحقوق بالنص على حق الأمن ونصت المادة الثانية من إعلان ١٧٨٩ على حق الأمن كحق اساسى لأن هدف كل مجتمع سياسى ، هو صيانة حقوق الانسان الطبيعية الخالدة ، وهذه الحقوق هي الحق فى الأمن ، وفى مقاومة الظلم ، كما قضت المادة السابعة منه على أنه «لا يجوز اتهام أحد أو القبض عليه أو حبسه ، إلا فى الحالات التي ينص عليها القانون ووفقا للاجراءات المنصوص عليها .

واستمر النص على حق الأمن يتكرر فى الدساتير وإعلانات الحقوق الفرنسية المتعاقبة^(١٥) ولقد تواتر النص على حق الأمن فى الدساتير المصرية^(١٦) .

وأكد دستور ١٩٧١ هذا الحق بالنص عليه فى المادة (٤١) على أن : «الحرية الشخصية حق طبيعى وهى مصونة ولا تمس ، وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض - على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو

تقييد حريته بأى قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع ، ويصدر هذا الأمر من القاضى المختص أو النيابة العامة وذلك وفقا لأحكام القانون . ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطى .

كما تنص المادة ٤٢ من ذات الدستور على أن «كل مواطن يقبض عليه أو يحبس أو تقييد حريته بأى قيد تجب معاملته بما يحفظ كرامة الإنسان ولا يجوز ايداؤه بدنيا أو معنويا ، كما لا يجوز حجزه أو حبسه فى غير الأماكن الخاضعة للقوانين الصادرة بتنظيم السجون . وكل قول يثبت أنه صدر من مواطن تحت وطأة شىء مما تقدم أو التهديد بشىء منه يهدر ولا يعول عليه .

وقضت المحكمة الادارية العليا^(١٧) تفسيرا لما تقدم من النصوص أنه لا يسوغ الاعتداء على الحريات العامة والمساس بحق كل مواطن فى الأمن والحرية وضمائنه الدستورية المقررة ضد القبض والأعتقال التعسفى وكرامة الفرد وعزته وحرية دعامة لا غنى عنها فى مكانة المواطن وهيبته .

تطبيقات حق الأمان :

عنى مجلس الإدارة بحق الأمن فى الظروف استثنائية . فأكدت أحكامه على أنه لا يجوز اقتحام منزل المواطن وتفتيشه والقبض عليه ، وحبسه إلا فى الأحوال التى يحددها القانون وإلا كان قرار الإدارة فى هذا الشأن مخالفا للقانون واستحق التعويض المناسب .

فنقول المحكمة فى أحد أحكامها^(١٨) أن تعيين المدعى بشخصيته واسمه واتجاه البوليس إلى مسكنه ليلا وأجراء تفتيشه والقبض عليه وحده دون أفراد عائلته واعتقاله مدة ثلاثة أيام بقوله أن ذلك تم على أساس أن المدعى شرير يقبض عليه على هذا الاعتبار إلى أن انتهت المناسبة فأفرجت عنه - ترى فيه المحكمة ما يفيد صدور أمر إدارى بالقبض على المدعى عبرت فيه الإدارة عن قصدتها وغرضها ونفذته باعتبارها ذات وظيفة ، وإن القبض والاعتقال فى حد ذاته وإن كان من الأفعال المادية فإنه لم يكن إلا نتيجة لأمر إدارى هو الذى وجه البوليس إلى هذا التصرف .

واستطردت المحكمة قائلة والأمر الذى صدر ضد المدعى وتنفيذه باقتحام منزله وتفتيشه والقبض عليه وحبسه ثلاثة أيام بغرفة الحجز بقسم عابدين بحجة أن المحافظة على الأمن العام فى بعض المناسبات السياسية وغيرها تبرر اعتقال بعض الأفراد الذين قد يستغلون انطلاق حريتهم فى ارتكاب حوادث تضر بالصالح العام . قد وقع مخالفا للقانون لتعارضه مع الدستور فيما قضى به من أن حرية الشخصية مكفولة وبأنه لا يجوز القبض على أى إنسان ولا حبسه إلا وفق أحكام القانون ، وأنه لا يجوز أن يلزم مصرى بالاقامة فى مكان معين إلا فى الأحوال المبينة بالقانون ويكون المدعى محقا فى طلب التعويض .

واتساقا مع ما تقدم قضت محكمة النقض أن القبض الذى يودى إلى حرمان المجنى عليه تماما من حريته فى النجول متضمنا مجرد منعه من الذهاب الى مكان معين ، ولا عبرة بمكان القبض فيستوى ايداع المجنى عليه فى سجن عام أو فى مكان خاص أو اقتياده الى الشرطة أو بمنعه من مغادرة مسكنه ، وسبب

القبض هو ضبطه بجريمة متلبسا بها ، فإنه لا يعد تعرضا للحرية بغير حق^(١٩) .

كما أيدت المحكمة الادارية العليا^(٢٠) هذا الاتجاه بقولها : وإذا ثبت أن القبض على المدعى كان تدبيرا من التدابير التى اتخذتها الإدارة لاعتبارات تتعلق بالأمن العام ، بناء على حالة واقعية كانت قائمة هى السبب الذى دعا الإدارة إلى اتخاذ هذه التدابير . فأفصحت عن ارادتها بالقبض عليه هو وغيره ، فإن هذا التصرف له كل مقومات القرار الإدارى كتصرف إدارى متجه إلى أحداث أثر قانونى ، وهو القبض على الأشخاص بغاية من المصلحة العامة هى وقاية الأمن والنظام لسبب هو الحالة الواقعية التى كانت قائمة عندئذ وبهذه المثابة يختص القضاء الإدارى بطلب التعويض عنه .

ولم يقتصر اتجاه القضاء فى هذا الصدد على حد التعويض ، بأن قضت يوقف تنفيذ قرار القبض على المدعى وحبسه^(٢١) .

نفاذا للحكم الصادر من المحكمة العسكرية العليا فى

القضية رقم ١٤٣ لسنة ١٩٨٥ - لاشتراكية (أى المدعى) مع مجهول بطريق التحريض والاتفاق والمساعدة فى اجراء تزوير ماذى فى محرر رسمى هو شهادة الاعفاء بطريق الاصطناع (معاف نهائيا) وغير لائق للخدمة العسكرية - تأسيسا على ان تشكيل المحكمة قد شابه بطلان جوهرى يتحدر به الى درجة الانعدام - لعدم صلاحية أحد اعضاءه لاصداره ولا يعد منتجا لأى أثر قانونى ، ومن ثم يكون قرار القبض على المدعى وحبسه نفاذا لهذا الحكم المعدوم قرارا غير قائم على سند قانونى يبرره واذا تم القبض على المدعى ولا زال رهن الحبس فان حرمانه من حريته على هذا النحو يترتب نتائج يتعذر تداركها بفوات الزمن . وخلصت المحكمة الى قضائها المتقدم .

كما عني مجلس الدولة بحق الأمن عن الظروف غير العادية (الظروف الاستثنائية) وتتمثل هذه العناية فى بسط رقابته على القرارات المقيدة للحرية الشخصية (قرارات الاعتقال) ووزنها بميزان القانون وزنا مناطه استظهار

مدى مشروعيتها ، فاذا استبان مخالفتها للقانون قضت بوقف تنفيذها والغاؤها ، والتعويض عنها اذا ما حاق الشخص الصادر ضده قرار الاعتقال اضرارا أدبية ومادية من جراء القرار .

وفى صدد هذا الحق ذهبت المحكمة^(٢٢) الى أن تقييد الحرية الشخصية هو بطبيعته من ابرز صور الاستعجال لما يترتب على هذا التقييد من نتائج يتعذر تداركها ، وفيما يتعلق بركن الجدية فانه يجب ان يكون القرار الذى تتخذه السلطة القائمة على اجراء الاحكام العرفية ، فى حدود الدستور والقانون ، خصوصا فى أمر يتصل بالحرية الشخصية ، قائما على سبب حقيقى يبرر اصداره مستمدا هذا السبب من وقائع صحيحة تنتجها وإلا فقد القرار أساسه القانونى .

وخطورة الشخص على الأمن والنظام ، لكى تكون سببا جديا يبرر اتخاذ مثل هذا الاجراء المقيد للحرية ، يجب ان يستمد من وقائع حقيقية منتجة فى الدلالة عن هذا المعنى . وان تكون هذه الوقائع أفعالا معينة يثبت

ارتكاب الشخص لها ومرتبطة ارتباطا مباشرا بما يراد الاستدلال عليه بها ، وأن مجرد إنتماء المدعى - لو صح - إلى جماعة ذات مبادئ متطرفة أو منحرفة على الدستور أو النظام الاجتماعى لا يعنى حتما وبذاته إعتباره من الخطرين على الأمن بالمعنى المقصود من هذا اللفظ على مقتضى قانون الأحكام العرفية ما دام لم يرتكب فعلا وشخصيا امورا من شأنها أن تصفه حقا بهذا الوصف .

كما رددت المحكمة^(٢٣) فى حكم آخر ما انتهت إليه فى الحكم السابق عندما قبضت السلطات على أحد المواطنين واعتقلته زاعمة أنه اجراء اتخذته صونا للأمن والنظام على أثر الفتنة الهوجاء التى اجتاحت عاصمة البلاد فى يوم ١٩٥٢/١/٢٦ ، وذلك أن المدعى كما تقول الإدارة - خطر على الأمن والنظام ، إذ هو ينتمى إلى جماعة أنصار السلام وهى جماعة تعتنق عقائد ترمى إلى تغيير مبادئ الدستور الأساسية والنظم الاجتماعية وقد انتهت المحكمة إلى أن القرار المطعون فيه لا يستند الى

وقائع صحيحة ولا إلى أسباب جدية تبرره ، ومن ثم فهو مخالف للقانون .

وفي صدد حق الأمن ، اطرّد قضاء القضاء الإداري والإدارية العليا على الحكم بالتعويض للمعتقل إذا ما لحقه أضرار مادية وأدبية من جراء صدور قرار الاعتقال .

ففي دعوى تخلص وقائعها في أنه بتاريخ ١٩٥٤/١٠/٢٩ صدر قرار الحاكم العسكري باعتقال المدعى حيث ظل معتقلا حتى أفرج عنه في يوليو سنة ١٩٥٩ ، وبتاريخ ١٩٦٠/٩/١٧ صدر قرار رئيس الجمهورية باعتقاله حتى أفرج عنه في ١٩٦٦/١٢/٧ واستطرد المدعى أن القرارين المطعون فيهما لم يقوما على سبب حقيقي يبرره ، كما أن المدعى لم يتواجد ضمن حالة من حالات الاشتباه أو الخطورة على الأمن والنظام العام ، كما صدر القرارين لأسباب سياسية محضة لا علاقة لها بالصالح العام لقيام الخلاف العقائدي بين القائمين على السلطة وقت الاعتقال . واضاف المدعى أنه نتيجة لقراري الاعتقال فقد أصيب باضرار مادية وأدبية الأمر

الذي يطلب معه الحكم بتعويض عن هذه الأضرار وقضت المحكمة^(٢٤) بتعويض المدعى مبلغ قدره خمسة عشر ألف جنيه كتعويض له عن الأضرار التي لحقت به نتيجة لقراري الاعتقال المشار اليهما ، تأسيسا على أن القرارين المطعون عليهما صدرا استنادا إلى أن المدعى ينتمي إلى جماعة الأخوان المسلمين ومارس نشاطا مناهضا لصالح الجماعة المذكورة وأن هذا السبب لا يصلح أن يكون سندا مشروعاً يبرر اعتقاله ، كما أن هذا النشاط المناهض لا يبرر الاعتقال ، ومن ثم يكون القرارين غير قائمين على سند من القانون وتتوفر بذلك ركن الخطأ من جانب الجهة الإدارية ، كما ترتب على القرارات الخاطئة أضرار مادية لحقت بالمدعى تمثلت في حرمانه من مورد رزقه

وحملته نفقات كان في غنى عنها لو لم تصدر قرارات باعتقاله ، كما لحقت بالمدعى اضرار أدبية تمثلت فيما أصابه من آلام نفسية نتيجة حرمانه من حريته طوال فترة الاعتقال وقد قضت المحكمة بالتعويض المتقدم .

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا ذلك^(٢٥) ، بقولها أن القرار الصادر من الحاكم العسكري في ١٧ من أكتوبر سنة ١٩٥٤ باعتقال لم يتضمن الأسباب والوقائع التي تبرر هذا الأجراء كما لم يثبت بدليل أنه من نوى الشبهة أو الخطرين على الأمن والنظام العام ، كما أن سبق اعتقاله لنشاطه الشيوعي لا يبرر إعادة اعتقاله ، ومن ثم يكون قرار اعتقاله قد صدر باطلا وقد نتج عنه مباشرة تقييد حرية المذكور وعاقلته عن ممارسة حياته اليومية لاكساب عيشه وعيش من يعولهم فضلا عما في هذا الاجراء من مساس بكرامته وإنسانيته وجعله مستهدفا دائما لمثل هذا الأجراء الاستثنائي والمفاجيء مما يسبب له أبلغ الأضرار ومن ثم تقدر المحكمة بتعويضه بمبلغ الفين وخمسمائة جنيه عن الأضرار المادية والأدبية الناتجة عن اعتقاله .

حق الأمن في الشريعة الإسلامية :

الأمن هو طمأنينة النفس وزوال الخوف ، وقد أشار

القرآن الكريم إلى أمن الجماعة في قوله تعالى «وإذ قال إبراهيم رب اجعل هذا بلدا آمنا وارزق أهله من الثمرات من آمن منهم بالله واليوم الآخر ، قال ومن كفر فامتعه قليلا ، ثم اضطره إلى عذاب النار وبئس المصير» (٢٦) .

وأمن الجماعة في حقيقته أمن الفرد ، وأمن الفرد هو أمن الجماعة بلا تعارض بينهما ، ذلك لأن الإسلام في تنظيمه ، بـ. ، أن الإنسان الفرد هو شخصية مستقلة عن بنى جنسه ، وشخصيته يكون بها لبنة في بناء المجتمع ، كما يتبين من قول الرسول «كلكم راع وكلكم مسئول عن رعيته» فالأمام راع وهو مسئول عن رعيته (٢٧) .

ولقد اتفقت كلمة علماء الإسلام على أن العقوبات (الحدود والتعازير) مما لا تثبت بالرأى والقياس وأنها لا تثبت إلا بالنص وقد ورد في القرآن الكريم « لا عدوان إلا على الظالمين» كما ورد قوله تعالى «فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم» ففي النهي عن العدوان إلا على ظالم وفي الأمر بأن يكون الاعتداء على الظالم مماثلا لاعتدائه لا يزيد ، في

ذلك كله كفالة لحق الأمن (٢٨) .

كما إنه من المبادئ الشرعية الأساسية في الإسلام نبذ اتهام الناس بالباطل أو أخذهم بالشبهات «بأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين» (٢٩) وتفرعا على ذلك يقول أبو سيف ، لا يحل اخذ الناس بالتهم ، ولا ينبغي أن تقبل دعوى رجل على رجل في قتل ولا سرقة ولا يقام عليه حد الا بينة عادلة أو باقرار من غير تهديد أو وعيد (٣٠) .

فلا يجوز في الإسلام أن يقبض على أحد إذا لم تثبت عليه جريمة معينة ، والثبوت يعنى نهوض الحجة كالبينة السالمة من المطاعن ، فإن أقامت الحجة على سبيل الحكم وانتفت الريبة وحصلت الشروط فهذا الثبوت .

مبحث رابع : حرية التنقل

تعنى حرية التنقل حق الفرد في الانتقال من مكان الى مكان والخروج من البلاد والعودة إليها دون تقييد أو منع إلا وفقا للقانون .

والأصل في حرية التنقل هو الإطلاق وقد استمرت بوصفها هذا روحا طويلا من الزمن حتى بدأت تظهر المشاكل المترتبة على فتح الحدود بين البلاد بلا رابط أو ضابط وبات تطلب أمر تنظيمها وتدخل الدولة وتنسيق علاقات الانتقال بينها وضوابطه ، محلا للاتفاقيات والتنظيم عن طريق تأشيرات التصريح بالدخول أو المغادرة ووثائق السفر التي تضع أحكام هذه الاتفاقيات موضع التنفيذ (٣١) .

وهذه الحرية وتنظيمها يشمل الكافة ، دون استثناء وذلك في نطاق من عدم التعارض أو الحجر عليها تحت ستار التنظيم أو منع دخول فئات معينة الى الوطن أو خروج آخرين دون انتهاج مبدأ المساواة في حالة عدم وجود المانع القانوني لهذا التمييز (٣٢) .

ولقد حرصت المواثيق واعلانات حقوق الإنسان النص على حق التنقل ، إذ نصت المادة الثانية منه على أن «إن هدف كل مجتمع سياسى هو صيانة حقوق الإنسان الطبيعية الخالدة وهذه

الحقوق هي الحرية والملكية والحق في الأمن وفي مقاومة الظلم» .

وورد النص على حق التنقل في الدساتير المصرية^(٣٣) وأخرها دستور ١٩٧١ ، إذ نص في المادة ٥٢ منه على أن «للمواطنين حق الهجرة الدائمة أو الموقوتة الى الخارج ، وينظم هذا الحق اجراءات وشروط الهجرة ومغادرة البلاد .

تنظيم حرية التنقل :

وعلى الرغم من أن حرية التنقل هذا التقدير من جانب القضاء ، إلا أن هذا لم يمنعها من أن تقر حق الدولة في تنظيم هذه الحرية . إذ أن من المسلم به أن للدولة في الحدود المتعارف عليها دوليا سلطانا مطلقا على اراضيها ، واستنادا إلى هذه السلطات فإن لها أن تنظم هذه الحرية ووضع القيود على ممارستها دون أن يصل الأمر إلى اهدارها كلية ، وبشرط أن تكون هذه القيود قد اقتضتها مصلحة عامة مثل المحافظة على الأمن العام أو على سلامة الدولة في الداخل والخارج أو لحماية الاقتصاد القومي^(٣٤) .

فأصدرت المرسوم بقانون

رقم ٧٤ لسنة ١٩٥٢ الخاص بجوازات السفر ، والذي تم الغاؤه بالقانون رقم ٩٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن جوازات السفر والذي خول وزير الداخلية سلطة تقديرية في رفض منح جواز السفر أو تجديده أو سحبه بعد اعطائه اذا قامت لديه اسباب هامة تبرر هذا القرار ، بلا معقب عليه اذا خلا تقديره من اساءة استعمال السلطة^(٣٥) .

تطبيقات لحرية التنقل :

يتعين بادىء الرأى ، التنبيه إلى أن القضاء الإدارى تطور في خصوص حرية التنقل ، وقد استهدف في تطوره التوفيق بين المصالح المختلفة والمتعارضة (المصلحة العامة والمصلحة الخاصة أو الفردية) ، وفى ملاحقة الظروف والتطورات السياسية والاقتصادية والاجتماعية التي تمر بها البلاد ، وذلك كله فى إطار مبدأ المشروعية^(٣٦) .

وفى ضوء ما تقدم ، استقر قضاء المحكمة الادارية العليا على مبدأ مؤداه ان حرية التنقل من مكان الى آخر ، والسفر الى خارج البلاد ، هو مبدأ أصيل للفرد وحق

دستورى مقرر لا يجوز المساس به دون مسوغ ولا الحد منه بغير مقتضى ولا تقييده الا لصالح المجتمع وحمايته والحفاظ على سمعته وكرامته وبالقدر الضرورى لذلك . ومن حق الدولة مراقبة سلوك رعاياها فى الداخل والخارج للتثبت من التزامهم بالقيم الخلقية والتمسك باسباب الاستقامة والكرامة فى تحركاتهم^(٣٧) .

وإذا ما استعرضنا تطبيقات القضاء الإدارى فى هذا الخصوص ، نجد أنها جاءت متعددة ومتنوعة وفى دعوى تخلص وقائعها فى أن السفارة المصرية والقنصلية المصرية (وهى السلطات المصرية فى الخارج المنوط بها الحفاظ على سمعة مصر فى الخارج) فى دولة ... قد أجمعت فى تقاريرها على أن السيدة / ... تزاول مهنة الدعارة فى الخارج وأنها تسيىء الى سمعة مصر وطلبا من سلطات الأمن منع سفرها الى الخارج عقب عودتها الى مصر . وقضت المحكمة الادارية العليا ان قرار المنع من السفر قائم على سبب صحيح ، على سند من القول بأن من حق الدولة مراقبة سلوك رعاياها

فى الخارج . .

ففى دعوى تخلص وقائعها فى أن مدير مصلحة الأمن العام - طلب - طبقا لقرار وزير الداخلية رقم ٨١٢ لسنة ١٩٦٩ - الذى الغى بمقتضى القرار رقم ١٧٥ لسنة ١٩٨٣ بشأن تنظيم قوائم الممنوعين - باتخاذ اللازم نحو ادراج اسم احد الافراد فى قوائم الممنوعين من السفر لنشاطه فى تهريب المخدرات وقضت المحكمة : مطابقة قرار الادراج للقانون وانه لا يشترط لصحة القرار توافر الأدلة القاطعة ضد من صدر فى شأنه القرار ، وإنما يكفي لقيام القرار على سببه المشروع أن يكون مستندا إلى دلائل جديده أو قرائن مادية من شأنها أن تؤدى إلى قيام الحالة الواقعية أو القانونية التى دعت الإدارة إلى اتخاذها (٣٩) .

وفى دعوى تخلص فى ان قسم رعاية المصالح المصرية بصنعاء قامت بترحيل المدعى من اليمن الى القاهرة وطلبت سحب جواز سفره لمجرد وصوله وادراج اسمه فى قوائم الممنوعين من السفر بسبب انحراف مسلكه وشذوذ فى طبع المدعى مما يؤثر تأثيرا سيئا على سمعة مصر

ويلحق الضرر بابنائها فى الخارج وقضت المحكمة الادارية العليا (٤٠) بان القرار المطعون فيه سليم من الوجهة القانونية . وأكدت انه لا يتحتم لصحة القرار على سببه المشروع ان يكون مستندا الى دلائل جديده أو قرائن مادية من شأنها ان تؤدى الى قيام الأدلة الواقعة .

وفى دعوى تخلص وقائعها ان وزير الداخلية أصدر قرارا بمنع المدعى من السفر خارج البلاد وادراج اسمه بقوائم الممنوعين من السفر ضمن بعض اصحاب شركات توظيف الاموال حماية لاقتصاديات البلاد وأموال المودعين بتلك الشركات بعد موافقة الجهات الاقتصادية فى هذا الشأن . وقضت المحكمة بأن القرار المطعون فيه قرارا سليما ، اذ ان مسلكه فى ظل العمل بالقانون فى شأن الشركات العاملة فى مجال تلقى الاموال لاستثمارها ينبىء على عدم الالتزام باحكام القانون المشار اليه ، كما يكشف ايضا على نية سابقة تتمثل فى الاستهانة بحقوق اصحاب الودائع والمستثمرين وتفريطا فى اداء

الامانات الى اهلها .. فاذا كان ذلك - فان القرار يمنع المطعون ضده من السفر ، وحتى يواجه معالجة آثار الواقع الذى ساهم فى احداثه ويضطلع باداء مسئولياته قبل المودعين والمستثمرين لديه أو لدى الشركات التى يديرها أو يشرف عليها يكون قائما بحسب الظاهر على سبب صحيح من الاوراق (٤١) .

كما قضت المحكمة الادارية العليا (٤٢) بان قرار منع المطعون ضده الى الخارج بناء على امر الادارة العامة لمباحث امن الدولة لسبق الحكم عليه بالحبس واعتقاله جنائيا عام ١٩٦٠ لمدة عامين لنشاطه الجنائى ولنشاطه فى مجال الاتجار بالمخدرات والحكم عليه بالسجن لمدة سبع سنوات واخلاء سبيله عام ١٩٨٣ ، وتقديمه بالعديد من الشكاوى الكيدية ضد المسؤولين بالدولة تضمن هجوما عليهم ، واستغلال اسرائيل تصرفات مثل هذه العناصر اعلاميا فى الاساءة لسمعة البلاد ، ومن ثم يغدو من الواضح ان تقدير جهة الادارة لاعتبارات ودواعى منع المطعون ضده من السفر قد استهدفت

المصلحة العامة للبلاد وحماية سمعتها في الخارج ومن ثم يكون قرار منع المطعون ضده من السفر قد صدر متفقا وصحيح حكم القانون .

وعلى العكس من ذلك فقد قضت المحكمة الادارية العليا^(٤٣) بأن قرار ادراج المطعون ضده على قوائم المنع من السفر لنشاطه غير المشروع في الاتجار بالمواد المخدرة - غير قائم على اساس من القانون وغير مستخلص استخلاصا سائغا من الاوراق .

اذ الثابت من الاوراق ان الجهة الادارية قد سمحت للمطعون ضده بالسفر الى دار السلام بتاريخ ١٩٨٥/٥/١١ ثم رفضت التصريح له بالسفر للخارج بعد ان حصل على تأشيرة دخول الى تنزانيا ١٩٨٥/٧/١٧ الامن الذي يتنافى مع الادراج على قوائم الممنوعين حيث تسمح له بالسفر وبعد حوالي شهرين تمنعه من السفر ، دون ان تكون ثمة اسباب جديدة تدعو الى هذا المنع بعد ان صدقت به بالسفر ، ومن ثم يكون قرار منع المطعون ضده من السفر قد بنى على غير اساس

من القانون بما يمثله من اعتداء على حرية المطعون ضده وحقه الذي كلفه الدستور والقانون .

اما حق الإقامة فقد كفله الدستور ، فقد نص الدستور المصري في المادة (٥٠) منه على انه «لا يجوز ان تحظر على اى مواطن الإقامة في جهة معينة ولا ان يلزم بالإقامة في مكان معين الا في الاحوال المبينة في القانون»^(٤٤) .

ولقد قضت محكمة القضاء الاداري^(٤٥) في هذا الخصوص - بالغاء قرار الزام المدعى بالإقامة بمدينة اسوان بدعوى سبق انذاره متشردا ، اذ ان القرار لم يصدر من القضاء ، انما صدر من الادارة وهي لا تملك اصداره طبقا للقانون الخاص بالمتشردين والمشتبه فيهم وبالتالي يكون قد وقع مخالفا للقانون والدستور .

حرية التنقل في الشريعة الاسلامية

وهي مما تشمله في نظر بعض رجال الفقه الاسلامي «حرية المأوى» وفي احكام الاسلام ما يكفل هذه الحرية ،

فان النفي أو الابعاد انما يعد عقوبة لم يذكرها القرآن الكريم الا جزاء للذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا^(٤٦) .

ومن صور حرية التنقل في الاسلام ، التنقل طلبا - للرزق والتنقل طلبا للعلم والهجرة . بالانتقال من المكان الذي يظلم فيه الشخص ولا يستطيع رفع الظلم من نفسه .^(٤٧)

والاسلام يسمح بتحديد أو تقييد هذه الحرية بما يقتضيه الصالح العام فالخليفة عمر بن الخطاب كان يحرم - كما هو معروف - على كبار الصحابة وأهل الرأي مغادرة المدينة (اللهم الا لولاية يتولونها أو لقيادة جيش يقودونه) وذلك حتى يتيسر له الرجوع اليهم فيما يعرض له من مشاكل ، أى لانه يريد أن ينتفع بهم وبآرائهم في قيامه بحكم المسلمين .

مبحث خامس : حرية العمل^(٤٨)

تعنى حرية العمل ، حق العامل في الامن الاقتصادي الذي يفرض على الدولة واجب توفير العمل المنتج والمجزي له بوجود العمل ، يأمن العمل على مستقبله ،

ويطمئن الى حاضره .

وبتوفير العمل الملائم تحفظ الدولة للعامل كرامته اذ تجعله يشعرانه يجنى ثمار جهده دون ان ينتظر احسانا .

وبتوفير العمل المجزى نضمن للعامل عيشا كريما ومستوى لائقا للحياة . (٤٩) .

وقد عبرت المادة ٢٣ من الميثاق العالمى ، لحقوق الانسان عن ذلك المضمون والمعنى السابق بقولها لكل انسان حق العمل ، وحق اختيار نوع العمل بمحض حريته ، والحق فى ان تكون شروط العمل عادلة ومواتية ، وحق الحماية ضد البطالة . ولكل انسان - بلا تمييز - الحق فى أجر متساو مقابل نفس العمل . ولكل من يعمل الحق ، فى أجر مجز ومناسب يكفل له ولاسرته معيشة تليق بكرامة الانسان ، ويتبعه اذ لزم الامر وسائل الحماية الاجتماعية ولكل انسان الحق فى تكوين ، والانضمام الى نقابات عمالية ، لحماية مصالحه .

كما نصت المادة ٣٤ على حق الانسان فى الراحة والفراغ ، وعلى وجوب تحديد ساعات العمل تحديدا معقولا

وضرورة تقرير اجازات دورية لكل عامل وأن يصرف له مرتب عنها .

والمستفاد من النصوص السابقة ان للدولة دورا ايجابيا واسعا فى مجال حرية وحق العمل - ان لم تكن هى صاحبة الدور الوحيد فى هذا المجال - ويتمثل ذلك فى تحقيقها لمبدأ تكافؤ الفرص فى العمل بين الافراد وتسهيل الظروف المصاحبة للقيام به سواء عن طريق الارشاد والتدريب الفنى والمهنى أو من خلال اتباع اساليب التخطيط الاقتصادى الثابتة أو بواسطة التشغيل الكامل والمنتج فى ظل صيانة مبدأ عدم التمييز بين الافراد وتوفير الحريات الاقتصادية الاساسية لهم ، أو بوسيلة التخلص من كافة النصوص التشريعية واللاحية المعروفة لاساليب الادارة والعمل التى تتفق مع المفهوم السابق له وتحقيق هدفه فى رفع مستويات المعيشة ومواجهة متطلبات الحياة المادية الكريمة . (٥٠) ويلحق بحق العمل ، حق العامل فى الراحة وفى تنظيم ساعات العمل وفى الحصول على اجازات دورية وان يصرف له راتب عنها .

وتفريعا على ما تقدم ، ان حرية العمل ليست مطلقة ، بل ان الاتجاه الحديث فى الدساتير المعاصرة ، يميل الى تحديد هذه الحرية ، ويسمح بتدخل الدولة فى تنظيم القواعد الخاصة بالعمل .

ولقد ورد النص على حرية العمل فى دستور ١٩٧١ (٥١) فى المادة ١٣ التى تنص على ان «العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة ، ويكون العاملون الممتازون محل تقدير الدولة والمجتمع ولا يجوز فرض أى عمل جبرا على المواطنين . الا بمقتضى قانون ولاداء خدمة عامة وبمقابل عادل .

واذا كان من حق المواطن اختيار العمل الذى يريده ، والجهة التى يود الالتحاق بها عملا بمبدأ حرية العمل ، ذلك أن حرية العمل من الحقوق المعترف بها من قديم الزمن التى تضمنتها بعض الدساتير ، ولا يحد أو يقيد منها الا بمراعاة الصالح العام . لذلك يجب أن تفسر التشريعات التى تحد منها فى أضيق الحدود وبالقدر الذى تستهدفه المصلحة العامة من اصدارها ، وعند التأويل أو الغموض يجب الأخذ بما يطلق

الحرية من عقابها ، أو بما يخفف من هذه القيود الواردة على أصل من الأصول الطبيعية للإنسان ألا وهو حرية العمل^(٥٢) .

تطبيقات للقيود الواردة على حرية العمل :

إذا كان من اختصاص الإدارة إصدار قرارات بتعيين المواطنين في الوظائف المختلفة ، فإن هذا التعيين يتطلب رضا المواطن به ، وإذا كان قرار التعيين هو الذي ينشئ المركز القانوني للموظف ، وهو مركز تنظيمي عام لا مركز تعاقدى ، فإن رضا المواطن وإن كان لا ينهض ركنا في إنشاء المركز المذكور ، إلا أنه بطبيعة الحال يلزم لتنفيذ القرار ، فلا يجبر المواطن على قبول الوظيفة العامة .

بيد أن هذا المبدأ العام يخضع لاستثناءات ترد عليه إذا ما استلزمت المصلحة العامة ذلك إذا ما تعارضت مصلحة الفرد مع مصلحة الجماعة وجب تغليب الأخيرة . فإذا كان من حق الفرد رفض وظيفة ما لأنها لا تحقق له طموحه ، أو لأن عائدها قليل ، فإن من حق

الإدارة تكليفه بشغل هذه الوظيفة ، إذا ما كان هناك أعراض من المواطنين عن الالتحاق بها ، وهى تفعل ذلك بالطبع بدافع من ضرورة تسيير المرافق العامة واداء الخدمات الضرورية اللازمة للجماعة .

فقد اضطرت الحكومة المصرية في اعقاب الحرب العالمية الثانية الى سن القوانين لتكليف أصحاب بعض التخصصات للعمل لديها بسبب قلة عددهم ، ويعاقب المتخلف جنائيا طبقا لهذه القوانين ولا شك في تعارض هذا التكليف مع حرية الاستخدام خصوصا أنه يتشابه مع نظام السخرة بأجر لكن الضرورة حتمت هذا التكليف بما يبرر مشروعيته ، خصوصا وأنه مؤقت يزول بزوال سببه .

وعلى سبيل المثال القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن أوامر التكليف للمهندسين والقانون رقم ٩٤ لسنة ١٩٦٠ بشأن تكليف الأطباء والصيادلة وأطباء الأسنان ، والمرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين .

وأنه ولئن كان التكليف - حسبما جرى عليه قضاء المحكمة الادارية العليا أداة استثنائية للتعيين فى الوظائف العامة فإذا ما تم شغل المكلف للوظيفة العامة بمقتضى تلك الاداة طبقا للأوضاع والشروط المنصوص عليها فى القوانين واللوائح الصادرة فى هذا الشأن - يصبح ملتزما بالقيام بأعباء الوظيفة وواجباتها مستفيدا من مزاياها طوال مدة التكليف - لئن كان ذلك الا أن للتكليف نطاقه القانونى الخاص به . إذ هو مؤقت بطبيعته وينطوى على مساس بحرية المكلف فى العمل بالزامه بتأدية ما يكلف به من مهام وظيفته دون اعتداء برضائه وقبوله أو عدم قبوله التكليف فان امتنع عن تأديتها استهدف العقوبات المنصوص عليها فى القانون .

كما قضت المحكمة الادارية العليا^(٥٤) بأنه ولئن كان التشريع الخاص بطائفة المهندسين وهو القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٦ قد عاقب على مخالفة احكامه بعقوبات جنائية ، فليس يعنى ذلك أنه جب المخالفات التأديبية التى نص عليها قانون موظفى الدولة ... وأنه لا تطابق بين

نطاق الجريمة الجنائية والجريمة التأديبية . فالمحكمة التأديبية لها مجالها الخاص باختلاف طبيعتها عن المحاكمة الجنائية . فالاولى قوامها مخالفة الموظف لواجبات وظيفته وخروجه على مقتضياتها فهي متعددة الصور ونطاقها غير محدود ، وهي بهذه المثابة تعتبر ذات كيان مستقل عن الاتهام الجنائي الذي يستند الى جرائم وعقوبات محددة ومن ثم فان الفعل الواحد كما يشكل جريمة من جرائم القانون العام يمكن ان تتمخض في ذات الوقت عن مخالفات تأديبية وذنوب ادارية يرتب القانون الاداري الجزاء عليها .

كما أن للادارة سلطة تنظيم ممارسة مزاولة أعمال معينة في الحدود المقررة طبقا للقانون ، ولا يمثل ذلك قيودا على حرية العمل ما دام ان القانون لم يقرض شروطا محددة ولم يتضمن ضوابط معينة يتعين الالتزام بها في هذا الخصوص .

وتطبيقا لذلك قضت المحكمة الإدارية العليا^(٥٥) بمشروعية القرارات رقمي ٩٩ ، ١٠٠ لسنة ١٩٨١ الصادرين من رئيس مصلحة

الجمارك بشأن تنظيم مزاولة اعمال التخليص تأسسا على أن رقابة القضاء على سلطة الادارة تنحصر . في تنظيم هذه المهنة - في وزن قرارها بميزان المشروعية دون أن تحل نفسها محل الجهة الادارية فيما هو متروك

لتقديرها ووزنها للأمور في النطاق الذي حدده لها القانون ، ومن ثم فان القرارين المشار اليهما - وما فرضته على من يزاول المهنة ان يتخذ مكتبا له بمنطقة الجمرک وان يؤدي تأمينا نقديا قدره خمسة آلاف جنيه قبل البدء في مزاولة المهنة أو الاستمرار فيها ، قد صدرا ممن يملكهما قانونا في حدود السلطة التقديرية المخولة له في تنظيم مهنة التخليص ، ولم يرق دليل على ان هذا التنظيم قد شابه انحراف في شروطه أو في التقدير الذي بنى عليه ، أو انه تغيا غير المصلحة العامة أو استهدف المساس بفتة لحساب أخرى ، فلا ريب ان جهة الادارة إذ قدرت ضرورة اشتراط انتماء المخلص إلى مكتب يقع في دائرة الجمرک لمزاولة اعمال التخليص طبقا للقرارين المشار اليهما ، وان ذلك من مقتضيات ممارسة

المهنة مما تستلزمه من امساك سجلات واستخراج بيانات وتقديم مستندات ، يتعين حفظها في مقر ثابت بمنطقة العمل حتى يسهل أحكام الرقابة على القائمين بممارسة المهنة في اطار الغاية من تنظيمها .

كما ان اشتراط تقديم تأمين قدره خمسة آلاف جنيه ، أمر تقتضيه - في نظر جهة الادارة - ضرورات اعادة النظر في تنظيم المهنة على اساس زيادة حجم التبادل التجاري واتساع حركة التعامل على البضائع المصدرة والمستوردة ، وما يوحيه ذلك في نظر الادارة من ضرورة التدخل لوضع الضمانات الكافية لحماية أصحاب الشأن في حدود السلطة المخولة لها بتنظيم هذه المهنة بغير معقب عليها من القضاء ما خلا قرارها من عيب اساءة استعمال السلطة إذا استهدفت غير وجه الصالح العام .

حتمية الانضمام الى النقابات المهنية :

إذا كان الأصل هو حرية مزاولة المهنة التي يختارها الفرد وممارستها بالكيفية التي يراها الا أن الشارع اخضع

مزاولة بعض المهن للتنظيم ، واشترط فيمن يزاولها حصوله على مؤهلات علمية معينة وقيامه باستصدار ترخيص إداري بمزاولتها . ومن هنا أنشأ الشارع النقابات المهنية ذلك أن للحكومة باعتبارها المهيمنة على المصالح العامة أن تصدر من القوانين ما يكفل لها رعاية هذه المصالح وإن تجعل لنفسها إشراف ورقابة على كل مهنة حرة بالقدر الذي تراه محققا للمصلحة العامة ، وهي إذ تفعل ذلك إنما تباشر سلطة إدارية تنظيمية .

وتدور اختصاصات النقابات المهنية حول تمثيل المهنة والمحافظة على كرامتها ، ورفع مستواها والذود عن حقوقها ، وحقوق ابنائها ، فهي هيئات تستهدف بحث المسائل المتعلقة بالمهنة وتعاليلها ورفع مستواها الفني والثقافي ومتابعة نواحي تقدمها والدفاع عن مصالح اعضائها وتنمية روح التعاون بينهم ، وتحسين حالتهم المادية والأدبية . فنقابات المهن إذن تقوم بتمثيل المهن لدى السلطات العامة والنظر في طلبات القيد في جداولها ، ووضع اللوائح الداخلية واللوائح الخاصة بتعاليلها .

وتأديب الاعضاء وترتيب المعاشات والاعانات اللازمة لهم^(٥٦) .

وتعتبر نقابات المهن في التشريع المصري هيئات اجبارية على افراد المهن الانضمام إليها ، ولا يجوز للفرد مزاولة مهنة ما قبل الانضمام الى النقابة التي تمثلها وإلا تعرض لعقوبة جنائية .

ومن أمثلة هذه النقابات . نقابة المهندسين ، ونقابة الأطباء ، ونقابة المحامين ونقابة المهن الزراعية الخ وتنظيم هذه المهن الحرة مما يدخل اصلا في صميم اختصاص الدولة بوصفها قوامه على المصالح والمرافق العامة ، فإذا رأت الدولة أن تتخلى عن هذا الأمر لأعضاء المهنة أنفسهم لأنهم أقدر عليه من تخويلهم نصيبا من السلطة العامة يستعينون به على تأدية رسالتهم مع الاحتفاظ بحقوقها في الإشراف والرقابة تحقيقا للمصالح العام . وتخضع قراراتها - بوصفها قرارات ادارية صادرة من السلطة الادارية - للرقابة القضائية .

ونظرا لأهمية الأغراض التي تقوم عليها هذه المنظمات

حرص الدستور المصري على منحها الشخصية الاعتبارية إذ تنص المادة ٥٦ منه بأن «أنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديمقراطي حق يكفله القانون ، وتكون لها الشخصية الاعتبارية» .

حق العمل في الشريعة الإسلامية :

حث الإسلام على العمل والكسب بالطرق المشروعة من زراعة أو تجارة أو عمل «فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض وابتغوا من فضل الله واذكروا الله كثيرا لعلمكم تفلحون»^(٥٧) وهذا تنسيق دقيق بين التوجيه للمسجد لأداء الصلاة والأنصراف منه بمجرد انتهائها طلبا للرزق .

والإسلام يدعو إلى طلب الرزق حتى في أثناء أداء فريضة الحج ، إذ قال تعالى «ليس عليكم جناح ان تبتغوا فضلا من ربكم فإذا افضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام»^(٥٨) .

كما دعي المسلمين الى السير والذهاب حيث شاءوا في أقطار الأرض والتردد في اقاليمها وأرجائها وراء المكاسب في التجارة بقوله

تعالى «هو الذى جعل لكم الأرض ذلولا فامشوا فى مناكبها وكلوا من رزقه وإليه النشور» (٥٩).

ورغم وضوح الاسلام فى هذا الصدد فإن للصوفية رأيا مختلفا وهو أن الاسلام يحث على التعبد والزهد فى متاع الحياة الدنيا والدنيا انما خلقت لينصرف الناس عنها ، وبأن الله قد صنع العالم المادى ، وأمر عباده بالانصراف عنه سعيا وراء رضياه .

والواقع أن ما ذهبت إليه الصوفية فى هذا الخصوص غير صحيح ، ولا يتفق مع أحكام الاسلام والتصوف أصلا دخیل على الاسلام ويتنافى مع روحه (٦٠) فالاسلام لا يوجب على الأفراد حياة تقشف الزهاد . ومن ذلك قوله تعالى « ولا تنسى نصيبك من الدنيا » والاسلام يمنع من الغلو فى الدين والتقشف وينصح بالاعتدال « وكذلك جعلناكم أمة وسطا » .

مبحث سادس : حق الملكية (حرية التملك) (٦١)

يقصد بحق الملكية (حرية التملك) قدرة الفرد قانونا على أن يصبح مالكا (٦٢) وإذا كانت

الملكية الفردية هى فى الأصل ثمرة النشاط الفردى ، وجب منطقيا الاعتراف للفرد بحق جنى هذه الثمرة أى حرية اقتناء الأموال وحرية التصرف فيها . وفى كل ما تنتجه . ولا يجوز للسلطة أن تسلب الفرد ملكه أو جزءا منه دون أن تحصل على رضاه ، ذلك أن حماية الملكية هى أحد الأغراض التى من أجلها أنشئت الحكومات .

وتقينا لما تقدم ، فقد تواترت موثيق وإعلانات الحقوق الأساسية للإنسان على تقرير مبدأ حق التملك .

فنص إعلان حقوق الإنسان الصادر عام ١٧٨٩ فى مادته السابعة عشرة على أن «الملكية حق مقدس لا يجوز المساس به ، ولا يجوز أن تنتزع الملكية الخاصة لفرد إلا إذا اقتضت بذلك المصلحة العامة ووفقا للقانون ، وفى مقابل تعويض عادل يدفع له .

كما نص الإعلان العالمى لحقوق الإنسان الصادر فى ١٠ ديسمبر سنة ١٩٤٨ على أن لكل شخص حق التملك بمفرده وبالاشتراك مع غيره ، ولا يجوز تجريد أحد من ملكه تعسفا .

ولقد ورد النص على هذا الحق فى الدساتير المصرية (٦٣) .

وقد نص الدستور الصادر سنة ١٩٧١ فى المادة (٣٤) منه على أن الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبحكم قضائى ، ولا تنتزع الملكية إلا للمنفعة العامة ، ومقابل تعويض وفقا للقانون .

غير أن الملكية ليست حقا مطلقا . على نحو ما كان سائدا فى ظل النظرية التقليدية إذ أضحت الملكية ذات وظيفة إجتماعية أو بعبارة أخرى أصبح للملكية وظيفة إجتماعية ترمى إلى تحقيق مصلحة المجتمع .

ولقد ترجم المشرع الدستورى المعانى المتقدمة فى نص المادة ٣٢ من الدستور التى أوردت قيودا على الملكية الخاصة بالنص على تنظيم القانون أداء وظيفتها الإجتماعية . فى خدمة الاقتصاد القومى وفى إطار خطة التنمية دون انحراف أو استغلال .

وتفريغا على ما تقدم ، فإنه ليس هناك ما يمنع المشرع من

يتدخل بنصوص قانونية لتنظيم حق الملكية ، مستهدفا تحقيق مصلحة المجتمع .

وفي ضوء ما تقدم ، واستهداء بما للملكية من وظيفة إجتماعية ، فقد أورد المشرع استثناءات تمثل قيدا على حق الملكية . وقد ضرب المشرع الدستوري أمثلة لذلك :

نزع الملكية للمنفعة العامة ، والاستيلاء المؤقت على العقارات ، والاستيلاء لدواعي التعليم ، والاستيلاء لدواعي التمويل^(٦٤) .

ونتناول بالتحليل والتأصيل الاستثناءات المشار إليها .

أولا : نزع الملكية للمنفعة العامة :

نزع الملكية مؤاده حرمان مالك العقار من ملكه جبرا للمنفعة العامة نظير تعويضه بما يناله من ضرر^(٦٥) .

ولقد نظم القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ بشأن نزع ملكية العقارات للمنفعة العامة . أو التحسين المعدل بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٠ - هذا الموضوع ، وأقام ضابطا أساسيا في مجال التوفيق بين حق الدولة في الحصول على

العقارات اللازمة لمشروعاتها العامة ، وبين حقوق نوى الشأن من ملاك هذه العقارات وشرط لزوم العقارات المملوكة ملكية خاصة للمنفعة العامة يجب أن يكون مستمدا من حاجة جهة الإدارة الملحة لهذه العقارات لأقامة مشروعاتها بما تقتضيه ذلك من تقدير صفة المنفعة العامة أو الاستيلاء عليها ، فإذا دلت الظروف أو واقع الحال على غير ذلك وقعت الاجراءات مشوبة بالبطلان .

وتطبيقا لذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا^(٦٦) من أن تصرف الجامعة في جزء من الأرض التي وهبتها لها إحدى المحافظات لأقامة مباني الكليات والمعاهد والمنشآت والمرافق اللازمة للجامعة وذلك بالمخالفة لشروط الجهة الواهبة بالمنع من التصرف في جزء من الأرض أن تعود وتنزع ملكية بعض الأفراد لاستكمال المنشآت ، إذ ان اتخاذ اجراءات نزع ملكية الأفراد في هذه الحالة ينطوي على اساءة استعمال السلطة وتجاوز في تطبيق أحكام الدستور والقانون ، أن المساس بالملكية الخاصة في غير الأحوال المقررة وتنكب

الغاية التي قامت عليها فكرة التضحية بالمصالح الشخصية لحساب الصالح العام وإذ صدر القرار المطعون فيه على هذه المثالب والعيوب فإنه يكون قرار باطلا جديرا بالالغاء .

ثانيا : الاستيلاء المؤقت على العقارات^(٦٧) :

خول القانون رقم ٥٧٧ لسنة ١٩٥٤ المشار إليه الوزير أو المحافظ في الحالات الطارئة أو المستعجلة أن يأمر بالاستيلاء مؤقتا على العقارات اللازمة لاجراء اعمال الترميم أو الوقاية وتحدد مدة الاستيلاء المؤقت حيث لا تجاوز ثلاث سنوات عن تاريخ الاستيلاء الفعلي^(٦٨) . وسلطة المحافظ في اصدار قرارات الاستيلاء مؤقتا على العقارات نجد حدها القانوني في قيام حالة طارئة مستعجلة تتطلب مواجهتها ضرورة الاستيلاء على عقارات بصفة مؤقتة لدرء خطر داهم أو لأجراء أعمال الترميم أو الوقاية وهي اسباب مردها أصل واحد وهو الحالة الطارئة أو المستعجلة التي يتعين تداركها خشية استعمال نتائج يتعذر التحكم في آثارها^(٦٩) .

ويخرج عن هذا الاختصاص سلطة الاستيلاء المؤقت على العقارات التي تقرر لزومها للمنفعة العامة التي يختص بإصدارها رئيس الجمهورية^(٧٠).

ثالثا : الاستيلاء المؤقت لدواعي التعليم :

تناول القانون رقم ٥٢١ لسنة ١٩٥٥ في شأن الاستيلاء على العقارات اللازمة لوزارة التربية والتعليم ومعاهد التعليم المعدل بالقانون رقم ٢٥٢ لسنة ١٩٦٧ ، تنظيم أحكام هذا الموضوع فأجاز لوزير التربية والتعليم أن يصدر قرارات بالاستيلاء على أى عقار خال يراه لازما لحاجة الوزارة أو إحدى الجامعات أو غيرها من معاهد التعليم - وقد آل هذا الاختصاص إلى رئيس الجمهورية بموجب نص المادة الثالثة من القانون رقم ٢٥٢ / ١٩٦٧ وتترخص الجهة الإدارية في تقدير مدى لزوم العقارات لمرفق التعليم هي من الأمور التي تدخل في سلطة الإدارة التقديرية التي تترخص فيها بلا معقب عليها متى خلا قرارها من عيب الانحراف في استعمال

السلطة^(٧١).

ولئن كان ما تقدم إلا أنه يتعين أن يخلو ذلك كله من التعسف في استعمال السلطة بآلا تكون الحاجة إلى الاستيلاء على العقار ناشئة عن خطأ من الجهة المستولى لصالحها ترتب عليه إنهاء عقد الإيجار ، كما لو أخلت بالتزاماتها العقدية مما أسفر عن صدور حكم نهائي باخلائها من العقار نتيجة خطئها إذ يمتنع حينئذ اتخاذ حاجتها إلى العقار مبررا للاستيلاء الذي لم يسن لتدارك خطئها أو لجبر تصرفها ، وإلا إنصرف القرار الصادر بالاستيلاء عن الغاية التي شرع لها قانونا^(٧٢).

وتطبيقا لذلك ما قضت به المحكمة الإدارية العليا^(٧٣) . من أن قرار رئيس الجمهورية بالاستيلاء على العين المؤجرة لوزارة التربية والتعليم - الذي صدر حكم لمالك العقار باخلائه وصار نهائيا وباتا لعدم الطعن عليه بالنقض في الميعاد المقرر قانونا بأنه استند إلى نصوص القانون بغرض سد حاجة مرفق التعليم ، ولا وجه للنص على قرار رئيس الجمهورية بمقولة أنه يعطل

تنفيذ حكم حاز حجية وأن من واجب الإدارة أن تحترم هذه الحجية فتمتنع عن اتخاذ أى موقف أو تصرف يتنافى مع هذه الحجية .

والجدير بالذكر أن مدة الاستيلاء موقوتة بمدة محددة . وإلا انقلب الاستيلاء إلى نزع ملكية العقار للمنفعة . فإذا انتهت مدة الاستيلاء ولم يصدر قرار يجدد هذا الاستيلاء مدة أخرى ، فإنه بانتهائها ينعدم الأساس والسند لاحتجاز العقار ، وعدم رده إلى مالكه ... وإذا لم تصدر الجهة الإدارية قرارا باعادة العقار إلى مالكه فإن لم تفعل كان ذلك قرارا سلبيا مخالفا لصحيح حكم القانون ومنطويا على اعتداء صارخ على حق الملكية التي حرص الدستور على تأكيده وحمايته^(٧٤) .

رابعا : الاستيلاء لصالح مرفق التموين :

أجاز المرسوم بقانون رقم ٩٥ لسنة ١٩٤٥ الخاص بشئون التموين - المعدل بالقانون رقم ٣٨٠ لسنة ١٩٥٦ لوزير التموين لضمان تموين البلاد لتحقيق العدالة في التوزيع أن يتخذ بقرارات يصدرها بموافقة لجنة التموين

العليا بعض التدابير ومنها الاستيلاء على العقارات والأموال المملوكة للأفراد وهي وسيلة استثنائية لا يجوز للإدارة اللجوء إليها إلا إذا استنفذت جميع الوسائل العادية المتاحة لها ولم تجد بعد بدا من الالتجاء إلى تلك الوسيلة لتحقيق الهدف الذي ترمى إليه - وفي هذه الحالة تكون الإدارة أمام ضرورة ملحة اقتضاها الصالح العام مصلحة الفرد بشرط أن تقدر الضرورة بقدرها^(٧٥).

ومناطق الاستيلاء هي الحاجة إلى ضمان تموين البلاد وتحقيق العدالة في التوزيع. وهذا المناطق يضم في إطاره كل ما يدعوه سواء لمواجهة حدث حال أو لتوقى حدث قابل، فلا يلزم أن يكون الحدث أمرا واقعا، بل يكفي أن يكون أمرا واردا ما دام في الحالتين يستهدف ضمان تموين البلاد وتحقيق العدالة في التوزيع، فذلك المناطق كما قد تفرضه الحاجة العاجلة تجنباً، وقد تقتضيه الحاجة الآجلة تحسباً، في إطار المصلحة العامة التي تنبسط في مجال التموين من الحاضر بسداد الاحتياجات التي المستقبل بتغطية الاحتمالات.

أولا مزية في أن هذا يصدق خاصة في حالة احتمال الطرد من العقار لسبب أو آخر بينما تدعو الحاجة التموينية إلى البقاء فيه على نحو يبرر الاستيلاء عليه خشية المفاجأة التي تعرض للخطر ضمان تموين البلاد وعدالة التوزيع ولا يمثل الاستيلاء حينئذ اعتداء على الملكية الخاصة إذا تم على سند من القانون^(٧٦).

وعلى هذا الأساس فإذا خرج قرار الاستيلاء عن حدود الأهداف المقررة له وفقا لأحكام المرسوم بقانون بابتغاء هدف آخر لا يتعلق بضمان تموين البلاد وعدالة التوزيع أو لم تتوفر حالة الضرورة الملجئة لإصداره كان القرار غير مشروع لمخالفته حكم القانون^(٧٧).

وإذا كان ما تقدم، يمثل موقف الدساتير والتشريعات الموضوعية في شأن تنظيم حق الملكية في توازن دقيق بين مصلحة الجماعة ومصلحة الفرد.

حق الملكية في الشريعة الإسلامية :

كفلت الشريعة حق الإنسان في التملك بالوسائل

المشروعة^(٧٨) واعتبرت هذا الحق قاعدة أصيلة من قواعد التنظيم الإسلامي ورتبت على تلك النتائج الطبيعية والمناسبة في حفظ هذا الحق لصاحبه وصيانتة له عن السرقة أو النهب أو الاختلاس بأية طريقة أو المصادرة بدون ضرورة عامة مع التعويض المجزى الذي لا غبن فيه.

ولقد وضعت الشريعة الإسلامية الحدود الرادعة لكفالة حق الملكية إلى جانب التوجيهات التهذيبية تكفئ النفوس عن التطلع إلى ما ليس لها وما هو داخل في ملك الآخرين كما أباحت لصاحب الحق حق التصرف في المال بالبيع والأجرة والرهن والهبة والوصية إلى آخر حقوق التصرف المشروعة... الضمانات التي قررتها الشريعة الإسلامية ضمانا لحق الملكية عقوبة السرقة في قوله تعالى «والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله».

ويعد اعتراف الشريعة الإسلامية بحق الملكية للأفراد دليلا على اقرار العدالة في المجتمع والموازنة بين الجهد والجزاء وتمشيا مع الفطرة

الطبيعة الإنسانية ، كما تتفق مع مصلحة الجماعة في اغراء الفرد على بذل أقصى جهد لتنمية الحياة ولتحقيق العزة والكرامة والاستقلال ونمو الشخصية للإنسان .

وإذا كان الأسلام قرر حق الملكية الفردية إلا أنه لم يتركها طليقة من كل قيد . فالمالك غير حر في استعمال حقه في الملكية وفق ما يمليه هواه . انما عليه أن يستعمله وفقا ما تمليه مصلحة المجتمع أو ما تمليه مصلحته ولكن في غير اضرار بغيره وفي الحدود التي رسمها الله في القرآن وهو ما يعرف بالوظيفة الاجتماعية للملكية^(٧٩) .

وأول ما قرره الأسلام بجوار حق الملكية الفردية مبدأ الاتفاق في الطرق المشروعة والتي تعود بالنفع على المالك وعلى الجماعة لأن الملكية الخاصة هي جزء من الملكية العامة وأن تأثيرها فيها

عميق . كما قرر ايضا عدم جواز حبس المال في ايدي قليلة من الجماعة وضرورة النظر الى الفقراء وتيسير سبل التملك لهم منعا من الاستغلال والاستعباد ولخلق توازن في المجتمع بين الغنى والفقير .

ومن هنا يمكن القول بأن حق الملكية في الشريعة الاسلامية هو حق أصيل للإنسان وله من ضمانات نفاذه ما يفوق الضمانات الوضعية في النظم القانونية المعاصرة .

خاتمة :

وإذا كان لنا كلمة في ختام هذا البحث ، فاننا نوجه النظر إلى أن الشريعة الإسلامية قد عنيت بحقوق الإنسان المتعلقة بمصلحة المادية . شأنها في ذلك شأن سائر الحقوق . وأنها أقامت توازنا - لا نظير له - في النظم الدستورية المعاصرة - بين حقوق

الانسان والمجتمع . كما أنها حثت الفرد على التمسك بحقوقه وعدم التفريط فيها بأي صورة من الصور . بحسبان أنه (أى الإنسان) خليفة الله في الأرض ، ولن تستمر الحياة - على النحو الذى شرعها الخالق وفي اداء التكليفات المقررة شرعاً - إلا من خلال تلك الحريات .

ومن هنا تبنت غالبية النظم الدستورية المعاصرة ولا أغالى إذا قلت - أيا كانت فلسفتها الأيديولوجية - هذه المبادئ التي أرساها الأسلام في شأن حقوق الانسان - وهذا البعد يشير بوضوح إلى أن أحكام الشريعة الإسلامية . تتلاءم مع ظروف الزمان والمكان ، خالدة أبد الدهر ، إلى أن يرث الله الأرض وما عليها .

والله الهادى إلى سواء السبيل



1 - van der vgen (J) : Théorie generale des droits de l'homme, inaitute international de droits de l'homme, 7 eñe, 1976 , P. 30

Rivera (J). les libertes publiques (les droits de l'homme) 2 eñe, ed paris 1978, P 300

٢ - د . محبى شوقى أحمد ، الجوانب الدستورية لحقوق الانسان ، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٨٦ ، ص ٤٨٤ .

د . عزت سعد البرعى ، حماية حقوق الانسان فى ظل التنظيم الدولى الاقليمى ، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٥ ص ٧ وما تلاها .

٣ - السيد مصطفى الخالد تنظيم العدالة الجنائية فى الشريعة الاسلامية ، المجلة العربية للدفاع الاجتماعى ، العدد الخامس ١٩٧٣ ، ص ٨٩ .

٤ - ان مصالح الأفراد المادية ترتبط ارتباطا وثيقا ، بالواقع الاجتماعى بما يحويه من مطالب وحاجات ، ومصالح متعارضة يدفع الشارع الى تنظيمه وضبط حدوده بما يصدره من قواعد قانونية ، هذه القواعد تجد مصدرها الحقيقى فى المصالح المتعارضة ووسيلته فى ذلك الموازنة بينها ، فاذا ما رجحت مصلحة على أخرى تلقفها المشرع بمادته وقرر للأفراد وسائل لتحقيقها ، هذه الوسائل هى الحقوق ، يفرض على الغير احترامها وعدم المساس بها . (يراجع . د . محمد شوقى السيد ، التعسف فى استعمال الحق ، رسالة ، ١٩٧٩ ص ٣٠ .

٥ - د . ثروت بدوى ، النظم السياسية ، ١٩٧٠ ، ص ٤١٩ وما تلاها .

٦ - د . محمود حلمى ، المبادئ الدستورية العامة ، الطبعة الثانية ١٩٦٦ ، دار الفكر العربى ، ص ٣١٧ .

٧ - القضاء الادارى ، القضية رقم ٢٣٤ / ٧ ق ، جلسة ١٩٥٤/٢/١ ص ٨ . ص ٥٧٩ .

٨ - نص دستور ١٩٢٣ فى المادة الرابعة على هذا الحق بقوله «الحرية الشخصية مكفولة» وقد ردد دستور ١٩٣٠ فى المادة (٤) منه هذا النص . وقد نص الاعلان الدستورى الصادر فى ١٠ فبراير ١٩٥٣ على هذا النص فى المادة (٣) منه التى تقضى بأن الحرية الشخصية مكفولة . وقد نص دستور ١٩٥٦ على هذا الحق فى المادة (٦) منه التى تقضى بأن تكفل الدولة الحرية .

اما دستور ١٩٥٨ المؤقت ، فقد نص فى المادة ١٠ منه على أن الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون . أما دستور ١٩٦٤ فقد نص على الحرية الشخصية فى المواد من ٢٥ الى ٣٢ منه .

٩ - قد ورد النص على حرمة المسكن فى دستور ١٩٢٣ فى المادة (٨) منه التى تقضى بأن للمنازل حرمة فلا يجوز دخولها الا فى الأحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه . وردد دستور ١٩٣٠ فى المادة (٨) منه ذات النص السابق .

كما ورد النص على هذا الحق فى الاعلان الدستورى الصادر فى ١٠ فبراير ١٩٥٣ فى المادة (٣) منه والتى تنص على ان للمنازل حرمة وفق أحكام القانون .

كما ورد هذا الحق فى دستور ١٩٥٦ فى المادة ٤١ منه التى تقضى بأن للمنازل حرمة فلا يجوز مراقبتها ولا دخولها إلا فى الأحوال المبينة فى القانون وبالكيفية المنصوص عليها فيه وقد ورد النص فى دستور ١٩٥٨ المؤقت على هذا الحق ضمن الحريات العامة اذ تنص فى المادة (١٠) منه على ان الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون أما دستور ١٩٦٤ فقد نص على هذا الحق فى المادة (٣٣) بذات المعنى والمضمون الوارد فى المادة ٨ من دستور ١٩٢٣ .

قوائم

- ١٠ - نقض جنائي ، الطعن رقم ١١٢٤ / ٤٢ ق ، جلسة ١٩٧٢/١٢/٣ ، مجموعة س ٢٣ ص ١٣١٧ وما تلاها .
- ١١ - دعوى رقم ٥ / ٢ ق دستورية جلسة ١٩٨٤/٦/٤ ، ونقض جنائي ، جلسة ١٩٨٥/١١/٢٠ ، المجموعة ص ١٠٢٧ .
- ١٢ - سورة النور الآيتان ٢٧ ، ٢٨ .
- ١٣ - د . حسن ربيع ، حماية حقوق الإنسان والوسائل المستحدثة للتحقيق الجنائي رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة الاسكندرية ، ١٩٨٥ ص ١٠٠ .
- ١٤ - في هذا المعنى يراجع د . محمود حلمي ، المرجع السابق ص ٣١٧ . وراجع حكم محكمة القضاء الاداري ، في ١٧ ابريل سنة ١٩٥١ مجموعة القضاء الاداري ، السنة الخامسة ، ص ٨٧٨ .
- د . Claude Abbert colliard : libertes publiques, 3 ed, 1968, P. 207 .
- ١٦ - أشار دستور ١٩٢٣ ، ١٩٣٠ إلى حق الأمن في نص المادة (٥) منهما التي تنص على أن : لا يجوز القبض على أي أنسان ولا حبسه إلا وفق أحكام القانون، وقد أورد الإعلان الدستوري من القائد العام للقوات المسلحة وقائد ثورة الجيش المنشور في ١٠ فبراير ١٩٥٣ في المادة (٣) منه تقضي بأن الحرية الشخصية مكفولة في حدود القانون .
- ونصت المادة (٢٤) من دستور ١٩٥٦ على أنه . لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون . أما دستور ١٩٥٨ المؤقت فقد أورد في نص المادة (١٠) منه على الحريات العامة مكفولة في حدود القانون أما دستور ١٩٦٤ فقد نص في المادة ٢٧ منه على أنه لا يجوز القبض على أحد أو حبسه إلا وفق أحكام القانون .
- ١٧ - الطعن رقم ٧٦٧ / ٢٢ ق . جلسة ١٩٧٨/٥/٢٧ .
- ١٨ - حكم محكمة القضاء الاداري ، القضية رقم ٤٣٨ / س ٤ ، جلسة ١٩٥١/٤/١٧ مجموعة للسنة ٥ ، ص ٨٧٨ .
- ١٩ - نقض جنائي طعن رقم ٢٢ / ٢٨ ق ، جلسة ١٩٥٩/٣/١٧ ، س ٩ ، ص ٣٠٠ ، وايضا د . أحمد فتحي سرور ، الوسيط في قانون العقوبات ، طبعة نادي القضاء ، ١٩٧٩ ص ١٤٣ .
- ٢٠ - الطعن رقم ١٥١٧ / ٢ ق ، جلسة ١٩٥٧/٤/١٣ ، منشور لمجموعة أبو شادي لمبادئ المحكمة الادارية العليا في عشر سنوات ٥٥ - ١٩٦٥ ، الجزء الثاني ، ص ١٧٣٨ .
- ٢١ - حكم القضاء الاداري دائرة المنصورة، الدعوى رقم ٥٢٨ / ٨ ق ، جلسة ١٩٨٧/٤/٩ .
- ٢٢ - القضاء الاداري ، قضية رقم ١١٤٢ / ٦ ق ، جلسة ١٩٥١/٦/٣٠ ، س ٦ ، ص ١٣٩ .
- ٢٣ - حكم محكمة القضاء الاداري ، القضية رقم ١١٤٢ / ٦ ق ، جلسة ١٩٥٤/١١/١٤ ، س ٩ ، ص ٥٦ .
- ٢٤ - القضاء الاداري القضية رقم ٤٠٦١ / ٤١ ق جلسة ١٩٨٩/٣/٥ .
- ٢٥ - الطعن رقم ١٧٧٦ / ٣٢ ق ، جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٣ .
- ٢٦ - سورة البقرة ، آية ١٢٦ .
- ٢٧ - جلال الدين السيوفي ، الجامع الصغير في احاديث البشير النذير ، طبعة دار القلم ١٩٦٦ ص ٢٣٦ .
- ٢٨ - د . عبد الحميد متولى ، القانون الدستوري والأنظمة السياسية . الجزء الأول . ط ٥ ، ص ٢٤٦ .

- ٢٩ - سورة الحجرات آية ٦ .
- ٣٠ - أبو يوسف - كتاب الخراج - الطبعة الثالثة - ١٣٨٢ هـ ، ص ١٧٥ .
- 31 - Jacques Rabert, le uoilation de les liberts mdividielle commun, le probleme de responsabilites, ed 1955, P 236 .
- ٣٢ - د . منيب ربيع ، ضمانات الحرية في مواجهة سلطات الضبط الإداري ، رسالة ، ١٩٨١ ، ص ١٣٧ .
- ٣٣ - أشار دستور ١٩٢٣ ، ١٩٣٠ الى هذا الحق في المادة (٧) منهما ، إذ نصت على أن « لا يجوز ابعاد مصري عن الديار المصرية ، ولا يجوز أن يحظر على مصري الإقامة في جهة ما ولا يلزم الإقامة في مكان معين إلا في الأحوال المبينة في القانون ، كما ورد دستور ١٩٥٦ في المادة ٢٨ منه إذ نصت على أنه « لا يجوز ابعاد مصري عن الأراضي المصرية أو منعه من العودة إليها » .
- وقد ورد النص على هذا الحق في الدستور سنة ١٩٥٨ المؤقت تماما ، إذ نصت المادة (١٠) منه على أن الحريات العامة مكفولة في حدود القانون ، أما دستور ١٩٦٤ فقد نص على هذا الحق في المادة ٣٠ منه التي تقضي بأنه لا يجوز ابعاد مصري عن البلاد أو منعه من العودة إليها .
- ٣٤ - د . ثروت بدوي ، المرجع السابق ص ٣٨٠ .
- ٣٥ - قضاء اداري ، القضية رقم ٣٥٥١ / ٧ ق ، جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٨ مجموعة السنة ٩ ، ص ١٩٢ وأيضا الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٣٠١٥ / ٢٦ ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٢ ، والطعن رقم ٢٧٣٩ / ٢٩ ق . جلسة ١٩٨٤/٤/٢١ .
- ٣٦ - د . فاروق عبد البر ، دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة ، الجزء الأول مطابع سجل العرب ، ١٩٨٨ ، ص ١٩ وما تلاها .
- ٣٧ - الطعن رقم ٢٥٧ / ٢٦ ق ، جلسة ١٩٨٢/٢/٢٧ ، والطعن رقم ١٤٨٣ / ٢٦ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٤ .
- ٣٨ - الطعن رقم ١٤٨٣ / ٢٦ ق ، جلسة ١٩٨٤/٤/١٤ .
- ٣٩ - الإدارية العليا ، الطعن رقم ١٣٠١٥ / ٢٦ ق جلسة ١٩٨٣/١١/١٢ .
- ٤٠ - الطعن رقم ٢٧٣٩ / ٢٩ ق ، جلسة ١٩٨٤/٤/٢١ .
- ٤١ - الإدارية العليا ، الطعن رقم ٨٥ / ٣٤ ق جلسة ١٩٨٩/١٢/٩ .
- ٤٢ - الطعن رقم ١٦٦٤ / ٣٢ ق جلسة ١٩٨٩/٥/٢٧ .
- ٤٣ - الطعن رقم ٧٢٤٩ / ٣٢ ق ، جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٣ .
- وايضا : الطعن رقم ١٣٨٢ / ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٦ / ٢١٨ .
- ٤٤ - الجدير بالذكر ان هذا النص متواتر في النساتير السابقة على دستورنا الحالي .
- ٤٥ - القضاء الإداري ، القضية رقم ٩٦٥ / ٥ ق ، جلسة ١٩٥٢/٣/٢٥ ، ص ٦ ، ص ٧٣٠ وما تلاها .
- ٤٦ - د . عبد الحميد متولني ، المرجع السابق . ص ٢٤٦ .
- ٤٧ - لمزيد من التفاصيل ، د . محمد سليم محمد غزوي ، الحريات العامة في الاسلام طبعة بدون الناشر مؤسسة شباب الجامعة بالاسكندرية ، ص ٣٢ .
- ٤٨ - يدرس البعض هذا الموضوع باعتباره من مميزات الحرية الشخصية ، (يراجع د . محمود حلمي المرجع

مواش

السابق ، في حين يتناوله البعض باعتباره حق من الحقوق الاجتماعية (د . ثروت بدوى المرجع السابق ، ص ٣٩١) ويتناوله ثالث باعتباره حق من الحقوق الاقتصادية (يراجع د . مصطفى عفيفى ، الرجيز فى مبادئ القانون الدستورى ، الكتاب الأول ، طبعة ثانية ، ١٩٨٤ ، ص ٤٥٢ .

٤٩ - د . ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٣٩١ وما تلاها .

٥٠ - يراجع فى هذا المعنى ، د . مصطفى عفيفى ، المرجع السابق ، ص ٤٥٢ وما تلاها .

٥١ - أنه باستعراض مواد دستور ١٩٢٣ ، تبين أنه لم ينص على حرية العمل ، كما هو الشأن فى دستور ١٩٣٠ أما دستور ١٩٥٦ فقد نص فى المادة ٥٢ منه على أن للمصريين حق العمل وتعنى الدولة بتوفيره ، كما تنص المادة ٥٣ من ذات الدستور على أن تكفل الدولة للمصريين معاملة عادلة بحسب ما يؤدونه من اعمال وبتحديد ساعات العمل وتقدير الأجور التأمين ضد الأخطار وتنظيم حق الراحة والأجازات ونص فى المادة ٥٤ منه على أن ينظم القانون العلاقات بين العمال واصحاب الأعمال على أسس اقتصادية مع مراعاة قواعد العدالة الاجتماعية . أما دستور ١٩٥٨ المؤقت لم ينص على حرية العمل ، بل أورد هذا الحق فى اطار ما أورده فى المادة ١٠ منه على أن الحريات العامة مكفولة فى حدود القانون .

أما دستور ١٩٦٤ فقد نص فى المادة ٢١ منه على ان العمل فى الجمهورية العربية المتحدة حق وواجب وشرف ، لكل مواطن قادر والوظائف العامة تكليف للقائمين . ويستهدف موظفو الدولة فى أدائهم اعمال ووظائفهم خدمة الشعب وتنص المادة (٤٠) من ذات الدستور على ان تكفل الدولة للمصريين معاملة عادلة ، بحسب ما يؤدونه من اعمال ، وبتحديد ساعات العمل وتقدير الأجور ، والتأمين الاجتماعى ، والتأمين الصحى ، والتأمين ضد البطالة وتنظيم حق الراحة والاجازات .

٥٢ - القضاء الادارى ، القضية رقم ٧١٢ / ٦ ق ، جلسة ١٩٥٤/٣/٢٩ س ٨ ، ص ١١٠٢ .

٥٣ - الطعن رقم ١٢٦٤ / ١١ ق ، جلسة ١٩٦٨/١/٢٠ منشور بالموسوعة الادارية الحديثة الطبعة الاولى ، ١٩٨٦ ، الجزء الثانى عشر ، ص ٢٥٩ .

٥٤ - الطعن رقم ٢٥٤٩ / ٦ ق ، جلسة ١٩٦٢/١٢/١ ، منشور فى المجموعة المشار اليها ص ٣١٧ وما بعدها .

٥٥ - الطعن رقم ١٣٨١ / ٢٩ ق ، جلسة ١٩٨٦/٣/٢٢ .

٥٦ - د . بكر القباني ، نظرية المؤسسة المهنية فى القانون الادارى ، طبعة ١٩٦٢ ص ٢٦٠ وما بعدها .

٥٧ - سورة الجمعة آية ١٠ .

٥٨ - سورة البقرة آية ١٩٨ .

٥٩ - سورة الملك آية ١٥ .

٦٠ - ولمزيد التفاصيل ، د . محمد سليم محمد غزى ، المرجع السابق ص ٣٤ وما تلاها .

٦١ - يدرس البعض من الفقه الدستورى حق الملكية فى اطار الحريات الاقتصادية باعتبارها من الحريات ذات المضمون الاقتصادى (يراجع د . ثروت بدوى ، المرجع السابق ، ص ٣٨٩ وما تلاها د . منيب ربيع ، المرجع السابق ، ص ١٣٢ .

٦٢ - د . احمد سلامة ، أحكام الملكية الفردية فى القانون المصرى ، الطبعة الثانية ١٩٨٠ ص ١٠ وما تلاها .

٦٣ - ولقد ورد النص على حق الملكية فى دستور ١٩٢٣ فى المادة ٩ منه التى تقضى بأن الملكية حرمة فلا

مواش

ينزع عن أحد ملكه الا بسبب المنفعة العامة في الأحوال المبينة في القانون .. وبشرط تعويضه عنه تعويضا عادلا .
وقد ردد دستور ١٩٢٠ ذات النص في المادة (٩) منه وقد نص الاعلان الدستوري الصادر في ١٩٥٣ في المادة ٣ منه على ان الملكية حرمة وفق أحكام القانون . أما دستور ١٩٥٨ فقد نص في المادة (١١) منه على أن الملكية الخاصة مصونة ، وينظم القانون اداء وظيفتها الاجتماعية ولا تزع الملكية الا للمنفعة العامة ومقابل تعويض عادل وفقا للقانون وقد رددت المادة (١٦) من دستور ١٩٦٤ ذات المعنى والمضمون المشار إليه .

٦٤ - تراجع في ذلك ، د . فاروق عبد البر ، المرجع السابق ، ص ٣٥٥ وما تلاها .

٦٥ - د . سليمان الطماوى ، الوجيز في القانون الادارى ، ١٩٨٢ ، مطبعة جامعة عين شمس ص ٥٨٧ وما تلاها . وايضا د . عزت صديق طنبوس ، نزع الملكية للمنفعة العامة دراسة مقارنة ، رسالة مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس ، ١٩٨٨ ، ص ٢٥ .

٦٦ - الطعن رقم ٢٤٤١ / ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٥/٥/١٨ .

٦٧ - لمزيد من التفاصيل ، د . عزت صديق طنبوس ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ وما تلاها .

٦٨ - ولقد قضت المحكمة الادارية العليا (الطعن رقم ١١٣٣ / ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٥/٦/٢٩) بوقف تنفيذ قرار الاستيلاء على سند من القول بأن الثابت أن القرار المطعون فيه صدر من محافظ بالاستيلاء المؤقت على قطعة الأرض المملوكة للمدعى لصالح الشركة العربية لحلج الاقطان بغرض استخدامها لتخزين الاقطان الزهر ومخلفات الحلج ، فان هذا القرار لا يظاھر القانون لصدوره في غير الأحوال الطارئة والمستعجلة التي يجوز فيها المحافظ الاستيلاء مؤقتا على العقارات ، إذ ليس ثمة حالة طارئة وقعت فجأة ولم يكن بالوسع توقعها أو حالة لا تحتمل الانتظار حتى تحل بالطرق والاجراءات العادية ، إذ أن الشركة كانت على وجه اليقين على بيعة من امرها في انتهاء مدة عقد استئجارها الأرض المطعون ضده في آخر يونيه ٨٢ وكانت تعلم بذلك منذ امد طويل وبالتالي فان القرار المطعون فيه يمثل عدوانا على أرض المدعى واعتداء على حق الملكية الذي حرص الدستور على حمايته وصيانيته .

٦٩ - الادارية العليا ، الطعن رقم ١١٣٣ / ٣٠ ق ، جلسة ١٩٨٥/٦/٢٩ .

٧٠ - الادارية العليا ، الطعن رقم ١٠٧٨ / ٢٨ ق ، جلسة ١٩٨٥/٤/٢٧ .

٧١ - الادارية العليا ، الطعن رقم ١٢٢٩ / ٢٧ ق ، جلسة ١٩٨٣/١٢/١٠ .

٧٢ - الادارية العليا ، الطعن رقم ١٦٨٥ / ٣٣ ق ، جلسة ١٩٨٩/٢/٢٥ .

٧٣ - الطعن رقم ٣٠٣٥ / ٢٩ ق ، جلسة ١٩٨٥/١١/٢٣ .

والطعن رقم ٣١ / ٣١ ق ، جلسة ١٩٨٦/٢/٢٥ .

٧٤ - الادارية العليا ، الطعن رقم ٢٢٧٩ / ٢٣ ق ، جلسة ١٩٨٩/٥/١٣ .

٧٥ - الادارية العليا ، الطعن رقم ٤٨٩ / ٨١٥ / ٣٧١ ق ، جلسة ١٩٨٦/١/١٨ ، والطعن رقم ٢٣٩٢ / ٣٠ ق جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٥ .

٧٦ - الادارية العليا ، الطعن رقم ١٢٩٩ / ١٣٨٩ / ٣٤ ق ، جلسة ١٩٨٩/٣/١٨ .

٧٧ - الادارية العليا ، الطعن رقم ٩١١ ، ٩١٥ / ٢٧ ق ، جلسة ١٩٨٥/٦/١ ، وايضا الطعن رقم ٢١٤٨ / ٣١ ق جلسة ١٩٨٩/٥/١٣ .

٧٨ - انظر . سيد قطب ، العدالة الاجتماعية في الاسلام ، القاهرة ١٩٨٣ ، دار الشروق ص ٨٨ .

٧٩ - د . عبد الحميد متولى المرجع السابق ، ٢٥٣ وما تلاها .

نظريية الشركة في الفقه الإسلامى

للاستاذ الدكتور/ نجيب محمد بكير

الفصل الأول

ماهية الشركة ومشروعيتها
في الفقه الإسلامى

ماهية الشركة :

نعرض هنا المعانى المختلفة
للفظ الشركة في الفقه
الإسلامى :

الشركة^(١) معناها لغة خلط
أحد العاملين بالآخر بحيث
لا يميزان عن بعضهما :

- واما في الاصطلاح فهو
يختلف باختلاف أنواعها لأن
الشركة تتنوع ، كما سيجبىء
إلى أنواع مفاوضة وعنان
وأبدان ووجوه ومضاربة .

- ولفظ «الشركة» يطلق
على العقد ، كسبب منشئ
للشركة ، كما يطلق على
الوضع الجديد الذى ينشأ بين
الشركاء^(٢) .

ويطلق الفقه الإسلامى لفظ
الشركة على معان مختلفة كما
سيأتى :-

أ - قد يقصد بلفظ الشركة
«شركة اباحة» والمقصود بها

اشتراك سائر افراد المجتمع
في الانتفاع بالأموال المباحة .

والأصل في ذلك حديث
الرسول ﷺ «الناس شركاء
في ثلاثة الماء والكلأ
والنار» .. وواضح هنا التوسع
من الفقهاء في المعنى
المقصود من لفظ الشركة إذ
المراد من هذا الحديث اباحة
انتفاع جميع الأفراد بمختلف
المباحات ، وهو حق من
الحقوق العامة .

ب - ويطلق لفظ الشركة
أيضا ويقصد به شركة الملك
وهى الحالة التى يمتلك فيها
اثنان أو أكثر شيئا واحدا سواء
كان ذلك أثر التصرف الصادر
منهم ك شراء اثنين لعقار
معين ، أو كان بسبب لا دخل
لارادة الشركاء فيه كالارث اذا
خلف الورثة مورثهم فيما كان
يملكه مع ابقاء هذا الملك دون
قسمة بينهم وهو ما يعرف
بالملك الشائع^(٣) .

ج - وقد يقصد بلفظ
الشركة ، الشركة في الدين .

د - ويطلق لفظ الشركة

كذلك ويقصد به شركة العقد -
أى تلك التى يكونها اثنان أو
أكثر بطريق التعاقد بقصد
تحقيق الربح كما يقصد به
العقد المنشئ للشركة^(٤) .

هـ - ويطلق لفظ الشركة
كذلك على ما يعرف باسم
«شركة الجبر» وهى عبارة عن
أن يشتري شخص سلعة
بحضرة تاجر اعتاد الاتجار
فى هذه السلعة ولم يخطر بانه
يريد أن يشتريها لنفسه خاصة
ولم يتكلم ذلك التاجر فان له
الحق فى أن يشترك فيها مع
من اشتراها ويجبر من
اشتراها على الشركة مع ذلك
التاجر .

والمالكية يقولون ان عمر
رضى الله عنه قضى بهذا
عملا بالعرف فى ذلك
ويشترط فيها ستة شروط ثلاثة
فى السلعة وثلاثة فى الشخص
الذى يريد الاشتراك فاما
الشروط الخاصة بالسلعة فهى
أن تشتري بالسوق الذى تباع
فيه عادة وان يكون شراؤها
للتجارة فاذا اشتراها للاقتناء

أو يجعلها ائاث منزله فانه لا حق للغير في أن يشاركه فيها وأن يكون الأتجار بها في البلد الذي أشتريت به فاذا اشتراها للسفر بها فانه لا يجبر على الشركة فيها .

وأما الشروط المتعلقة بالشخص الذي يطلب الاشتراك فهي أن يكون حاضرا في السوق وقت شراء السلعة وأن يكون من تجار تلك السلعة التي بيعت بحضرته وان لا يتكلم وقت الشراء وهناك شرط آخر يتعلق بالمشتري وهو أن لا يقول لهم إنني اشتري ولا أريد أن اشارك أحدا فمن شاء أن يزيد فليفعل فان قال ذلك فانه لا يجبر الحاضر على مشاركة المشتري الا إذا طلب ذلك فقل (٥) .

وقد عرف ابن قدامة (٦) «من الحنابلة» الشركة بقوله :

«الشركة : هي اجتماع في استحقاق أو تصرف» (٧) .

... ومما تقدم يتضح ان نطاق استعمال لفظ الشركة في الفقه الاسلامي اوسع مما في القانون الوضعي .

شركة العقد :

اشرنا إلى أن (٨) لفظ

الشركة قد يطلق على العقد كسبب منشيء للشركة ، كما يطلق على الوضع الجديد الذي ينشأ بين الشركاء .

فيقصد بـ «شركة العقد» إما العقد الذي يبرمه اثنان أو أكثر للاشتراك بالمال أو العمل .. بقصد تحقيق الربح أو للحصول على المال واستثمائه أو هي ذات اجتماع في التصرف الذي يترتب على العقد .

التقارب بين معنى الشركة عند فقهاء القانون الوضعي ، والمعنى المقصود منها عند فقهاء المسلمين :-

يطلق تعبير «الشركة عند فقهاء القانون الوضعي على العقد المنشئ للشركة وكذلك على الشخص المعنوي الاعتباري أو المجازي» الذي ينشأ بعقد الشركة (٩) .

- وعند فقهاء المسلمين كذلك ، فعلى سبيل المثال يعرف صاحب كشاف القناع «من الحنابلة» الشركة بأنها «اجتماع في استحقاق أو اجتماع في تصرف» (١٠) .

فالشركة تطلق على ذات الاجتماع أي على المجموع الذي يبرز بسبب العقد .

كما تطلق على العقد حيث نجد في نهاية المحتاج من كتب المذهب الشافعي فالشركة «ثبوت الحق شائعا في شيء واحد أو عقد يقتضى ذلك» (١١) .

- ونجد الحصكفي من الحنفية (١٢) يعرف الشركة فيقول : «لغة الخلط سمي بها العقد لأنها سببه شرعا» .

- ويشرح ابن عابدين في حاشيته على الدر ذلك بقوله ... «لأن العقد سببه الشركة التي حقيقتها الخلط . فالعلاقة السببية من اطلاق اسم المسبب على سببه» (١٣) .

فالشركة إذن في الفقه الاسلامي هي :

- أما العقد الذي يبرمه اثنان أو أكثر للاشتراك بالمال أو العمل بقصد تحقيق الربح ، أو هي ذات اجتماع في التصرف الذي يترتب على العقد .

وفي نطاق القانون الوضعي هي «أي الشركة» أيضا اسم للعقد المنشئ لها أو الشخص المعنوي الذي يتكون من اجتماع الأشخاص والاموال وينشأ بانعقاد العقد (١٤) .

- ومن هذا يبين أن الفقه الإسلامي عرف منذ القدم ما يطلق عليه رجال القانون الشخصية الاعتبارية .. أو المعنوية أو المجازية للشركة أى الشخص المعنوى الذى يتولد عن اتفاق الشركاء على انشاء الشركة والذى يثبت له بعض حقوق الشخص الطبيعي أو آدمي «الإنسان» .

مشروعية الشركة فى الفقه الإسلامى :

الشركة بوجه عام (١٥) :
ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع على التفصيل الآتى :-

أولاً : الكتاب الحكيم :
قول الله تعالى فى سورة النساء : «فهم شركاء فى الثلث» (١٦) وقوله سبحانه وتعالى فى سورة ص «وان كثيرا من الخطاء ليعفى بعضهم على بعض الا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ما هم» (١٧) .

والخطاء هم الشركاء .

ثانياً : السنة النبوية : ما جاء عن أبى المنهال «ان البراء بن عازب وزيد بن ارقم كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ رسول الله

ﷺ ، فأمرهما أن ما كان ينقد فاجيزوه وما كان نسيئة فردوه» (١٨) .

وروى عن النبي ﷺ أنه قال «يقول الله : أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه ، فاذا خان أحدهما صاحبه خرجت من بينهما» (١٩) .

وروى عن النبي ﷺ انه قال «يد الله مع الشريكين ما لم يتخاونا» (٢٠) .

وأيضاً ما روى عن السائب بن أبى السائب أنه قال للنبي ﷺ : «كنت شريكى فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى» (٢١) .

ثالثاً : الاجماع : فقد اجمع المسلمون على جواز الشركة فى الجملة وإنما اختلفوا فى أنواع منها (٢٢) ، فالشركة من حيث الأصل والمبدأ جائزة بالاجماع (٢٣) .

وشرع الشركة روعى فيه مصالح الناس حيث ان الشركة وسيلة من وسائل استثمار الأموال وإيمانها بطريقة عملية ناجحة للقيام بالمشروعات التى لا يستطيع الفرد القيام بها ، وإن استطاعها فقد يحجم عنها مخافة بحمل تبعة خطيرة أو

خسارة فادحة ، فالحاجة إلى الشركات جد متحققة ورفعها للخرج ورعاية للمصالح كانت إجازتها وبذلك يتضح أن إجازة الشركة ثبت بالكتاب الحكيم وبالحديث القدسي والسنة التقريرية واجماع المسلمين (٢٤) وأخيراً فإن المصلحة تقتضيها فالشركة مشروعة فى الاسلام وقد تبين أنها كانت معروفة قبله فأقرها (٢٥) .

- وما كان الإسلام ليلغى التعامل بالشركة وقد ثبت أنها الطريق الذى كان يحتاجه المستقبل بما فيه من نشاط تجارى واقتصادى هام يحتاج إلى تضافر الجهود وجمع الأموال «بل هو قد ندب إليه بدليل الحديث القدسي» «أنا ثالث الشريكين ...» فان الله سبحانه وتعالى يبقى مع الشركاء يعينهم وينزل البركة فى تجارتهم ما لم تقع الخيانة بينهما فإن وقعت رفع الله عنهما العون ، وهذا ما يدل عليه معنى «خرجت من بينهما» (٢٦) .

الفصل الثانى

القواعد العامة للشركات فى الفقه الإسلامى

كانت فكرة الشركة محل

اهتمام الفقه الإسلامي إذ إن الشركة تقوم بدور اقتصادي هام لأنها تقوى على الأغراض التي يعجز الأفراد متفرقين عن تنفيذها لما تتطلبه من أموال كثيرة وجهود طويلة وما يحوطها من مخاطر قد تصد الأفراد عن القيام بها ، ولكنهم بتضامنهم وضم جهودهم وأموالهم يصبحون قوة تستطيع تحقيق الغرض المطلوب^(٢٧) .

- ومن مظاهر اهتمام الفقه الإسلامي بالشركة عدم ترك أمر تنظيمها للقواعد الاتفاقية فقط كما لم يترك هذا الأمر للقواعد المعروفة في اصطلاح القانون بالقواعد المكملة «أو المفسرة أو المقررة أو المتممة» وهي التي لا تكون ملزمة إلا في الأحوال التي لا يتفق الشركاء على خلافها .

ولهذا نجد الكثير من القواعد الملزمة التي لا يجوز الاتفاق على خلافها وإذا قام هذا الاتفاق كان باطلا^(٢٨) هذه القواعد الملزمة التي يجب الالتزام بها تمثل القواعد العامة للشركات في الفقه الإسلامي^(٢٩) وفيما يلي أمثلة لأهم تلك القواعد :

١ - الوضعية على رأس المال :

وبمقتضى هذه القاعدة توزع الخسارة على الشركاء تبعا لنسبة حصصهم المالية التي قدموها في رأس مال الشركة - لأن الخسارة إنما هي في النهاية جزء هالك من المال فيجب أن تقع فيه ويتحملها الشركاء أصحاب الحصص المالية^(٣٠) .

٢ - توزيع الربح على قدر الحصص المالية :

وتقتضى هذه القاعدة بأن الحصة المقدمة في رأس مال الشركة تحدد نصيب الشريك في الأرباح فلا بد من التناسب بين الحصة المالية وقدر نصيبها من الربح وعلى هذا لا يجوز أن يفضل نصيب أحد الشركاء نصيب شريك آخر في الربح إذ كانا قد تساويا فيما قتما من رأس المال^(٣١) .

٣ - الحصة بالعمل لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة :

فالحصة بالعمل حصة غير مالية بمعنى أنها لا تتكون من أموال تقدم للشركة - فهي مجهود شخصي يبذله الشريك الذي يقدمها على مدار حياة

الشركة وهي لذلك لا تدخل في تكوين رأس مال الشركة^(٣٢) .

- والمقصود بالعمل Industrie المجهود الشخصي للشريك الذي يمكن أن تنتفع به الشركة بشرط أن يكون عملا جديا^(٣٣) .

٤ - ضرورة تقويم حصص العمل لمعرفة نصيبها من الربح :

فالحصص بالعمل وإن كانت لا تدخل في تقدير رأس مال الشركة ، الذي يتكون فقط من مجموع الحصص النقدية والعينية ، لأنه الضمان العام لدائني الشركة ، ولذلك يجب أن يكون ضمانا حقيقيا لا وهميا وخشية المغالاة في تقدير الحصص بالعمل - فرغم أن هذه الحصص «أي الحصص بالعمل» لا تدخل في تقدير رأس المال إلا أن يجب تقويمها لمعرفة حصتها من الربح - وحتى لو كان هذا التقويم ضمنيا بتحديد نصيب الحصة بالعمل أو حصص العمل من الربح لأن مقدار حصة الربح يتضمن تقويم حصة العمل تقويما نقديا وإن كان ضمنيا - إذ أن العمل متقوم بالمال^(٣٤) .

٥ - جهالة تقويم الحصص
«بما في ذلك حصص العمل
ان وجدت» يؤدي الى فساد
الشركة :

فاذا كان توزيع الربح -
يكون من حيث المبدأ - على
قدر الحصص المالية - كما
قدمنا - فانه يلزم معرفة هذه
الحصص - خاصة وأن رأس
المال - كما ذكرنا - يتكون
من مجموع الحصص النقدية
والعينية^(٣٥).

- وبالنسبة للحصصة
بالعمل - فالقاعدة أن صاحب
الحصصة بالعمل يستحق الربح
بالشرط^(٣٦) وهذا يقتضي
ضرورة التقويم - كما أسلفنا .

٦ - عدم جواز الاتفاق على
الاعفاء من تحمل الشركاء
نتائج الخسارة :

سبق أن أشرنا إلى القاعدة
التي تقضي بأن الوضعية على
رأس المال «وسبب إيراد هذه
القاعدة» عدم جواز الاتفاق
على الأعفاء من تحمل
الشركاء نتائج الخسارة هو أن
الفقه الاسلامي لا يجيز أي
اتفاق على الأعفاء من تحمل
نتائج الخسارة حتى بالنسبة
للشريك الذي يقدم عمله
«الشريك صاحب الحصصة
بالعمل» لأن اعفاءه يؤدي الى

حصوله على مقابل ل حصته في
كافة الأحوال سواء حققت
الشركة ربحاً أم لا ، وهذا
يخرج به عن طبيعة
الالتزامات الواجبة على
الشركاء ، كما أنه من الشروط
الموضوعية الخاصة لعقد
الشركة ، مساهمة كل شريك
في الأرباح والخسائر - هذا
من ناحية ، ومن ناحية أخرى
إذا تحققت أية خسارة وأعفى
صاحب حصصة العمل من تحمل
نتائجها ، فمعنى ذلك أنه
سيحصل على جزء من رأس
المال الذي يكون قد نقص
نتيجة للخسارة ، وهذا غير
جائز حيث أنه يشترط أن
يكون التوزيع من الأرباح
وحدها وليس من رأس المال
تطبيقاً لمبدأ سلامة رأس
المال^(٣٧) ، (٣٨) .

٧ - نظرة الفقه الاسلامي
للشريك صاحب الحصصة
بالعمل تخلص في «عمل
بالمصلحة وامتناع عن
الضرر» :

وتطبيقاً لذلك فإن عمل
المضارب «الشريك بالعمل»
خارج نطاق الشركة مقيد ،
بشرط عدم الأضرار بالشركة
تطبيقاً للقاعدة العامة التي تحكم
المعاملات لا ضرر ولا

ضرار^(٣٩) .

٨ - الخسارة العامة التي
يجب أن يتحملها الشريك
بالعمل يجب أن تتفق مع
طبيعة حصته التي التزم
بتقديمها :

التزام الشريك بالعمل أصلاً
التزام غير مالي وان كان قابلاً
للتقويم المالي ، فهو يقدم
عملاً ، وعلى ذلك فالخسارة
الطبيعية هي فقد مقابل هذا
العمل من الأرباح وضياع
وقته وجهده ، ولا يتعدى هذا
القدر إلى أي التزام مالي إلا إذا
كان ما لحق بالشركة قد نتج
عن إهمال هذا الشريك أو
تفريطه ، فيجب أن يتحمل
مسئولية ذلك ، إذ يكون قد
أخل بالتزامه الذي يفرض
عليه قدراً من العناية وهو
عناية الشخص المعتاد فإذا لم
يبدل هذا القدر من العناية

وترتب على ذلك الحاق
الخسارة بالشركة كان مسئولاً
عن الأضرار التي وقعت
فيتحمل حينئذ بالاعباء المالية
جزاء لاخلاله بالتزامه أما
الخسارة العادية التي يتحملها
صاحب الحصصة بالعمل فيجب
أن تتفق مع طبيعة حصته التي
التزم بتقديمها للشركة - كما
أسلفنا^(٤٠) .

ولذلك لو شرط كل من المضارب ورب المال في عقد المضاربة أن تكون الوضعية «الخسارة» عليهما بطل هذا الشرط تطبيقاً لما أوردناه آنفاً

٩ - ليس لصاحب الحصة بالعمل حتى على رأس مال الشركة :

وهذه القاعدة باعتبار أن الشريك صاحب الحصة بالعمل فقط ليس من أصحاب الحصص المالية ولذلك نجد عند القسمة بعد انتهاء الشركة ليس لـ «أى شريك بالعمل» أى حق على موجودات الشركة قبل أن يسترد أصحاب الحصص المالية كل قيمتها^(٤١).

١٠ - يستحق الربح عند الحنفية «ماعدًا زفر» باحد اشياء ثلاثة ، تارة بالمال وتارة بالعمل وتارة بالضمان وسواء عمل الشركاء «فى الشركة بالاعمال» جميعاً أو عمل احدهما دون الآخر فالربح بينهم بشرط العمل لا بوجود العمل^(٤٢) ، وهذا يعنى عدم العبرة فى شركة الأعمال بتفاوت العمل بين الشريكين ، ما لم يتفق الشركاء على التفاصيل فى الربح لمن يقدم عملاً أكثر أو تتوافر له مهارة

خاصة .

- وأما عند زفر فالربح لا يستحق إلا بالمال لأنه نماء الملك فيكون على قدر المال^(٤٣).

١١ - مبدأ اثبات رأس مال الشركة :

اتفقت آراء فقهاء المذاهب الإسلامية على أنه لا ربح الا بعد أن يسلم رأس المال إذ هو أصل والربح تبع ، فما لم يسلم الأصل لا يمكن أن يسلم الفرع - ويذكرون فى هذا الصدد حديث رسول الله ﷺ «مثل المؤمن كمثل التاجر لا تسلم له قوافله قبل أن تسلم فرائضه وعلى ذلك أوجبوا تعويض الخسارة من الربح ولذلك بحسب الأصل - طالما بقيت الشركة وهذا الحكم يعتبر ضماناً لرأس المال الذى يجب أن يظل سليماً دون مساس^(٤٤).

وتطبيقاً لمبدأ سلامة رأس المال حتى أنه أصبح من المقرر فى الفقه الإسلامى ان الأرباح التى تتحقق تجبر بها الخسارة التى قد تمنى بها الشركة وذلك وقاية لرأس المال^(٤٥).

الفصل الثالث

أنواع الشركات لدى المذاهب الفقهية والفقهاء

استطراد :

سبق أن عرضنا فى الفصل الأول من القسم الأول المعانى المختلفة للفظ الشركة فى الفقه الإسلامى وشرنا الى أن لفظ الشركة قد يقصد به شركة اباحة وشركة الملك وشركة العقد وشركة الجبر^(٤٦).... والذى نعنيه عند التعرض لأنواع الشركات هنا - تقسيم الفقه الإسلامى لشركة العقد :-

وشركة العقد هى الشركة التى تقع اختياراً بطريق العقد ، ويقصد منها استثمار المال وأحياناً الحصول عليه^(٤٧).

تقسيم الشركات عند الحنفية

يقول أبو الليث السمرقندى (وإنما شركة العقود على أربعة أوجه : مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه ، ويقال شركة المضاربة^(٤٨)).

- بينما يقول الكاسانى : «أنواع شركة العقود ثلاثة شركة بالأموال ، وشركة بالأعمال وتسمى شركة

الابدان وشركة الصنائع وشركة التقبل وشركة بالوجوه... ثم يقول في موضع آخر : «... وأما بيان جواز هذه الأنواع الثلاثة فقد قال أصحابنا أنها جائزة عنانا كانت أو مفاوضة» (٤٩).

- وذكر الموصلي : «وشركة العقود نوعان شركة في المال وشركة في الأعمال ، فالشركة في الأموال أنواع مفاوضة وعنان ووجوه وشركة في العروض والشركة في الاعمال نوعان ، جائزة وهي شركة الصنائع وفاسدة وهي الشركة في المباحات» (٥٠).

- وجاء في حاشية أبي السعود : «جعلها المصنف تبعا لصاحب الهداية مفاوضة وعنانا وتقبلا ووجوها قال الاتقاني وفيه نظر لأنه يوهم أن شركة الصنائع والوجوه مغايرتان للمفاوضة والعنان ، والأولى في التقسيم ما ذكره الطحاوي الكوفي وعليه جرى الزيلعي....» (٥١).

وقد أحاطت النصوص السابقة بتقسيمات الحنفية للشركات ، ومنها يتضح اختلافهم في كيفية التقسيم بين اتجاهين :

- اتجاه يعتبر المفاوضة والعنان شركتين أصليتين .

- واتجاه آخر يعتبرهما شكلين (وهذا ما نؤيده لما سيجيء) يدخلان على الأقسام الأصلية وهي الأموال والوجوه والصنائع - والبعض يضيف شركة المضاربة الى هذه الأقسام (٥٢).

ونتناول فيما يلي تقسيم الشركات (٥٣) لدى كل من الاتجاهين عند الحنفية :

الاتجاه الأول : يقسم الشركة الى أربعة أقسام هي :

شركة مفاوضة - شركة عنان - شركة صنائع - شركة وجوه (٥٤).

أ - شركة المفاوضة :

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر بالمساواة مالا وتصرفا وربحا - أي لا يجوز أن يتفاضل شريك في هذا النوع عن شريك آخر وهذا مقتضى المساواة المشروطة بين الشركاء ، وشرط المساواة بين الشركاء شرط ابتداء وبقاء فإذا اختلت المساواة في أي فترة من حياة الشركة فسدت الشركة سواء كان هذا الاختلال في المال أو في التصرف أو في الربح .

ب - شركة عنان :

وهي أن يشترك اثنان أو أكثر ببعض المال أو مع التساوي في المال أو فضل مال أحدهما مع المساواة في الربح أو الاختلاف فيه - فلا تشترط المساواة بين الشركاء في هذه الشركة كما أن المساهمة بكافة أموال الشركاء التي تصلح رأس مال للشركة ليست شرطا فيها (٥٥) وشركة العنان تنعقد على الوكالة دون الكفالة بخلاف المفاوضة التي تنطوي على الوكالة والكفالة (٥٦).

ج - شركة الصنائع :

(ويطلق عليها الابدان - الأعمال - التقبل - التجر - المحترفة) - وهي أن يشترك صانعان اتفاقا في الصنعة (أو اختلافا عند البعض) على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما .

د - شركة الوجوه :

(وتسمى أيضا شركة المفاليس) وهي أن يشترك اثنان لا مال لهما على أن يشتريا بوجوههما . ويبيعا نقدا ونسيئة ويكون الربح بينهما والاتجاه الثاني عند الاحناف - يتجه الى تقسيم

الشركة الى شركة أموال^(٥٧) وشركة أعمال^(٥٨) وشركة وجوه^(٥٩) وكل من منهما قسمتان : شركة مفاوضة وشركة عنان^(٦٠)،^(٦١).

تقسيم الشركات عند الحنابلة
يقول المذهب الحنبلي بما قال به الحنفية (بوجه عام) دون اختلاف في كيفية التقسيم :

فقد ذكر ابن قدامة في المغنى والشركة على ضربين : شركة املاك وشركة عقود ، وهذا الباب لشركة العقود وهي انواع خمسة : شركة العنان والابدان والوجوه والمضاربة والمفاوضة .^(٦٢)

تقسيم الشركات عند المالكية

يقسم المالكية الشركة الى ذات الاقسام التي يقسمها اليها الحنفية ولكنهم لا يجيزون الشركة بالوجوه «بمفهوم الاحناف» والتي يطلق عليها المالكية شركة نمم - لان شركة الوجوه عندهم لها مدلول آخر اذ هي « الشركة التي يأخذ فيها الوجيه مال الخمل ليتاجر فيه لثقة الناس بالوجه» .

والمالكية لا يجيزون هذين النوعين من الشركة ، «الوجوه والذمم» مع اختلاف مفهوم الوجوه عند الحنفية عنه عند المالكية كما اوضحنا^(٦٣) .

وقد اضاف المالكية الى انواع الشركات ، شركة الجبر وهي عبارة عن ان يشتري شخص سلعة يحضره تاجر اعتاد الاتجار في هذه السلعة ولم يخطر بانه يريد ان يشتريها لنفسه خاصة ولم يتكلم ذلك التاجر فان له الحق في ان يشترك فيها مع من اشتراها ويجبر من اشتراها على الشركة مع ذلك التاجر^(٦٤) .

وأما شركة العنان فرغم أنه قد روى عن الامام مالك «كما سيجيء» انه لا يعرف العنان^(٦٥) الا ان اسم العنان قد ساد في كتب المالكية من بعده وعلى ذلك فالانواع الجائزة من الشركات لدى المالكية هي : -

مفاوضة وعنان وجبر وعمل ومضاربة^(٦٦) .

تقسيم الشركات لدى الشافعية

أما الشافعية فبعد انذكروا اقسام الشركة لا ياخذون الا بشركة العنان في الاموال

أما شركة الابدان والمفاوضة والوجوه فقد اعتبروا هذه الانواع باطلة^(٦٧) .

تقسيم الشركات عند الشيعة الزيدية

يتفق الشيعة الزيدية مع الحنفية «بوجه عام» في تقسيم الشركات الى : مفاوضة وعنان ووجوه وابدان^(٦٨) .

تقسيم الشركات عند أهل الظاهر

والشيعة الامامية

ذهب اهل الظاهر والشيعة الامامية الى نفس موقف الشافعية اذ لا يجيزون الشركة الا في اعيان الاموال^(٦٩) .

وبذلك لا تصح شركة الابدان وشركة الوجوه . اذ لا مال يخرج فيهما واحد من الشركاء ، كما لا تصح شركة المفاوضة حيث يشترط فيها التساوى بين الشركاء في رأس المال^(٧٠) .

وجدير بالذكر ان تقسيمات الشركة تشمل «المضاربة» وقد لاحظنا ان بعض المذاهب قد اغفل ذكرها وهذا راجع الى ان هذا البعض يعتبرها شركة في الربح .

حيث ان المال فيها من

جانب والعمل من جانب آخر
ولا يشتركون الا في اقسام
الربح^(٧١) .

وسوف يتضح لنا عند بحث
التكييف القانوني للمضاربة
انها شركة بمفهوم الشركة كما
ان القانون السوداني تناولها
ضمن ما تناوله من بعض انواع
الشركات الاسلامية^(٧٢) .

وبعد ان عرضنا لتقسيمات
الشركات عند المذاهب
الاسلامية نتناول في الفصل
الرابع من القسم الاول وضع
كل من المفاوضة والعنان بين
الشركات في الفقه الاسلامي
ليبين ما اذا كان كل منهما
(المفاوضة والعنان) شركة
مستقلة ام انها اسلوب عمل أو
شكل للشركة اذ قد تتخذ
الشركة اسلوب أو شكل
المفاوضة بشروطها المعروفة
في الفقه الاسلامي أو تتخذ
اسلوب أو شكل العنان .

اما القسم الثاني فسوف
نتناول فيه كما اشرنا آنفا
شركات الاموال والاعمال ،
والوجوه ، والمضاربة - كل
شركة في فصل مستقل كما
سيأتى باذن الله .

الفصل الرابع

المفاوضة والعنان بين
الشركات في الفقه الاسلامي

نتناول في هذا الفصل وضع
كل من المفاوضة والعنان بين
الشركات في الفقه الاسلامي
وموقف المذاهب الفقهية
بشأنهما بين الاجازة والمنع
وبيان ما اذا كان الارجح هو
اعتبارهما اسلوب عمل أو
شكلا للشركة كما اشرنا ، أم
أن كلا منهما تعتبر شركة
مستقلة .

المفاوضة

اشرنا الى أن الاتجاه الثاني
عند الاحناف يتجه الى تقسيم
الشركة الى :-

- ١ - شركة أموال .
- ٢ - شركة أعمال .
- ٣ - شركة وجوه .

وكل من هذه الشركات قد
تكون مفاوضة أو عنانا .

ولذلك يمكن أن نورد
تعريفا جامعا مانعا للمفاوضة
«عند الحنفية» بانها الشركة
التي يتساوى فيها الشركاء
ابتداء وانتهاء في كل ما يجب
المساواة فيه سواء المال أو
التصرف «العمل» أو الدين
والربح^(٧٣) .

وأما العنان فهي على
عكس ذلك إذ أنها الشركة التي
يشترط فيها المساواة^(٧٤) :

شروط المفاوضة عند
الحنفية :

أ - يشترط فيها المساواة
بين الشركاء في رأس المال
فلا يجوز أن يزيد ما يقدمه أحد
الشركاء عما يقدمه غيره من
أموال^(٧٥) .

ب - يشترط أن يتساوى
الشركاء في التصرف ولذلك
فانها لاتصبح الا بين اشخاص
كاملی الأهلية ببلوغهم راشدين
فلو عقد بين بالغ راشد وصبي
مميز ولو كان ماذونا في
التجارة لم تصح لاخلال ذلك
بشروط المساواة^(٧٦) .

ج - أن يكون لكل من
الشركاء أهلية الوكالة فيكون
كل واحد من الشركاء وكيلا
عن الشريك الآخر أو الشركاء
الآخرين في الشراء والبيع
وتقبل الأعمال وغير ذلك .

د - أن يكون لكل من
الشركاء أهلية الكفالة فكل
شريك كفيل عن شريكه فيما
لزمه من التجارة^(٧٧) .

هـ - يجوز ان تكون في
عموم التجارات وقد تكون في
واحدة منها أي في نوع واحد

منها - ولكن لا يجوز أن يختص أحد الشريكين أو الشركاء بتجارة دون الآخر - لما في الاختصاص من إبطال معنى المفاوضة وهو المساواة^(٧٨).

ز - شرط المساواة بين الشركاء شرط ابتداء وبقاء فإذا اختلفت المساواة في أي فترة من حياة الشركة فسدت المفاوضة سواء كان هذا الاختلال في المال أو في التصرف أو في شرط الربح .

- وقد رأى البعض أنه إذا امتلك أحد الشركاء في خلال فترة قيام الشركة ما لا يصلح أن يكون رأس مال لشركة المفاوضة فسدت لانتهاء شرط المساواة^(٧٩).

ونرى أن هذا الاشتراط أمر يصعب تحقيقه لأنه إن أمكن توافره في بدء حياة الشركة إلا إنه ينذر استمراره إذ قد يرث أحد الشركاء مالا أثناء حياة الشركة أو يؤول إليه عن طريق الهبة مثلا فطبقا للشرط المتقدم أو وجهة نظر البعض تفسد الشركة لانتهاء شرط المساواة - كما نرى أن هذا الاشتراط يخلط بين الحصص المقدمة من الشريك وضمنان الشريك أو مدى

مستوليته عن التزامات الشركة فالضمنان بالنسبة لهذا الشريك كما هو الحال بالنسبة للشريك المتضامن من يشمل كافة ماله من أموال ولكن حصته في الشركة محددة بما قدمه أو تعهد بتقديمه للشركة .

ونرى أن ما يعنيه شرط المساواة في المفاوضة أن يكون ما قدمه أحد الشركاء في الشركة مساويا لما قدمه الشريك الآخر فهذا أمر يمكن أن يتحقق في بعض أنواع من الشركات إذا أرادت أن تتخذ شكل المفاوضة وأما اشتراط أن يستمر التساوي في كل شيء بين الشركاء طوال حياة الشركة فامر يصل إلى حد الاستحالة فهو صعب التحقيق عملا إذ كما أوضحنا - قد يؤول مال خاص لأحد الشركاء وربما لا يرغب حتى في تقديمه للشركة أو قد نظرا على صحة أحد الشركاء مرضا مما يجعله غير قادر على تقديم ذات العمل الذي يقوم به غيره من الشركاء إلى آخر ما يجعل المساواة المطلقة وإن تحققت في بدء الشركة - طوال حياة الشركة أمرا غير متصور .

وقد رأى البعض أنه نظرا

لأن كل شريك في المفاوضة يكون كفيلا عن الآخر فيما يجب عليه من شراء وبيع كما أنه وكيل عنه فيما له فلا يصح أن يكون مال أحد الشريكين شركة مفاوضة أقل من مال صاحبه ولكن ذلك مشروط بأن يكون المال مما تصبح الشركة به بأن كان نقدا فلا يصح أن يملك أحدهما ألف جنيه ويملك الآخر خمسمائة مثلا^(٨٠) فإذا تساويا في ملك النقدين^(٨١) ولكن انفرد أحدهما بملك عقار أو عروض تجارة أو دور فإنه يصبح أي يكون تصرف أحدهما أقل من تصرف صاحبه^(٨٢).

ج - ذهب أبو يوسف ومحمد إلى أنه يلزم أن تعقد المفاوضة بلفظ المفاوضة أو ما يدل عليها حتى يقف كل شريك على ماهيتها لأن لها شرائط لا يجمعها من وجهة نظرهما إلا لفظ معبر عنها والعوام علما يقفون على ذلك وإن كان العاقد يدرك معناها حازان تعقد بلفظ آخر^(٨٣).

ونرى أنه نظرا لأن العبرة في العقود بمعانيها لا بالفاظها وطالما أن أطراف العقد أي عقد شركة تتخذ شكل المفاوضة يدركون ماهيتها

وشرائطها فيجوز أن تعقد بأى لفظ ما دامت شروط العقد ذاتها تفصح عن أن إرادة المتعاقدين تهدف إلى أن تكون العلاقة بينهما أو بينهم علاقة مفاوضة .

هذا وفقد شرط في عقد المفاوضة فإن الشركة تصير عنانا لأن المفاوضة تضمنت العنان وزيادة فبطلان المفاوضة لا يوجب بطلان العنان^(٨٤) .

وجدير بالذكر أن المفاوضة عند الحنفية كما تكون في شركات الأموال فإنها تجوز في شركات الابدان والوجوه أيضا^(٨٥) .

المفاوضة من وجهة نظر المالكية :

لا تفرق المفاوضة عند المالكية عن العنان الا في استقلال كل شريك بالتصرف في حضر صاحبه وكذلك في غيبته^(٨٦) .

- أى أن معنى المفاوضة عند المالكية أن يفوض كل واحد من الشريكين الى صاحبه التصرف في غيبته وحضوره^(٨٧) .

وتقع عندهم في جميع

انواع الممتلكات ، فلا بد أن يطلق كل من الشركاء للآخرين حرية التصرف في البيع والشراء والغيبة والحضور في جميع أنواع التجارة^(٨٨) .

ويمكن القول أن المفاوضة عند المالكية بوجه عام ليست إلا نوعا من العنان تزيد فيه سلطات الشريك .

المفاوضة عند الحنابلة :

يتكلم معظم الحنابلة عن نوعين للمفاوضة يجيزون أحدهما ويقولون بفساد الآخر والنوع الجائز أن يشترك الشركاء في جميع أنواع الشركة مثل أن يجمع الشركاء بين شركة العنان والوجوه والأعمال لأن كل نوع من هذه الأنواع يصح على الأفراد فيصح مع غيره^(٨٩) .

- والنوع غير الجائز من المفاوضة عند الحنابلة أن يدخل بينهما في الشركة ما يحصل لكل واحد منهما من ميراث أو ما يجده من لقطة أو ركازا وغير ذلك^(٩٠) .

الشيعة الزيدية :

يتفق الشيعة الزيدية مع الحنفية في تقسيم شركة العقد الى أربعة أنواع :

مفاوضة وعنان ووجوه وابدان^(٩١) .

موقف المذاهب المختلفة من المفاوضة :

أجاز المفاوضة كل من الحنفية والحنابلة والمالكية والزيدية الا أنهم اختلفوا في ماهية المفاوضة .

الحنفية :

منهم من يعتبر المفاوضة والعنان شركتين أصليتين ومنهم من يعتبرهما نوعين يدخلان على الأقسام الأصلية (الأموال والوجوه والصنائع)^(٩٢) .

فمن الأحناف من يعتبر المفاوضة شكل لشركة تتخذ شكل المفاوضة بكل ما عرفناه من أحكامها . ومنهم من يعتبر المفاوضة شركة مستقلة .

والمفاوضة عند الأحناف من وجهة نظر الفريق الأول تدخل على كل من شركة الأموال والابدان والوجوه كما أسلفنا^(٩٣) .

الحنابلة :

بعد أن قسموا المفاوضة الى قسمين أحدهما صحيح والآخر فاسد^(٩٤) - لم يتصوروا المفاوضة كشركة

مستقلة بل اعتبروا أن
المفاوضة ليست سوى الجمع
بين العنان والمضاربة
والوجوه والابدان
«الاعمال»^(٩٥).

المالكية :

ما يعتبره المالكية مفاوضة
ليس في حقيقته الا نوعا من
العنان تتسع فيه سلطات
الشريك في التصرفات .

الشيعة الزيدية :

تتفق مع الاتجاه الثاني
للاحناف في اعتبار المفاوضة
شركة مستقلة^(٩٦) . وقد ذهب
الى عدم جواز شركة
المفاوضة الشافعية والظاهرية
وبعض الحنابلة والشيعة
الجعفرية وانكروها انكارا تاما
حتى لقد قال الامام الشافعي
وشركة المفاوضة باطلة ولا
أعرف شيئا من الدنيا يكون
باطلا ان لم تكن شركة
المفاوضة باطلة .

أدلة جواز شركة المفاوضة :

- عند من اجازها «الحنفية
والزيدية وغيرهم» .

يستند الحنفية والزيدية
وغيرهم في جواز شركة
المفاوضة الى :-

١ - الاستحسان ، ووجه

الاستحسان ما روى عن
رسول الله ﷺ انه قال :
«فاوضوا فانه أعظم
للبركة»^(٩٧) وقوله ﷺ «إذا
فاوضتم فاحسنوا المفاوضة» .

٢ - يتعامل الناس
بالمفاوضة من غير
نكير^(٩٨) ، وما رآه المسلمون
حسنا فهو عند الله حسن .

٣ - تشتمل المفاوضة على
امرين جائزين هما «الوكالة
والكفالة» وكل واحدة منهما
جائزة حال الانفراد ، وكذلك
حال الاجتماع .

٤ - شركة المفاوضة
طريق لاستئناء المال أو
تحصيله والحاجة الى ذلك
متحققة فكانت شركة
المفاوضة جائزة^(٩٩) .

أدلة عدم جواز شركة المفاوضة :

١ - لا دليل على صحتها
وانعقاد الشركة حكم شرعي
يحتاج الى دلالة
شرعية^(١٠٠) .

٢ - الاحاديث التي استدل
بها من اجاز هذه الشركة
احاديث غير معروفة إذ أن
حديث «فاوضوا فانه أعظم
للبركة» حديث غريب
والحديث الثاني إذا فاضتم

فاحسنوا المفاوضة ، خبر لا
يعرف ، ولم يروه اصحاب
السنن ثم ليس فيه ما يدل على
أنه اراد عقد شركة
المفاوضة .

٣ - هذا العقد «شركة
المفاوضة» لم يرد الشرع بمثله
فلا يصح ولأن فيه
غرزا^(١٠١) .

٤ - لا يشترط فيها خلط
الأموال^(١٠٢) .

العنان^(١٠٣)

- لا يراعى في الشركة
التي تتخذ شكل العنان شرائط
المفاوضة ، فلا يشترط فيها
أهلية الكفالة ، حتى تصح ممن
لا تصح كفالته مع الصبي
المأذون^(١٠٤) ولا المساواة بين
رأس المال فتجوز مع تفاضل
الشريكين في رأس المال ومع
أن يكون لاحدهما مال آخر
يجوز عقد الشركة عليه سوى
رأس ماله الذي شاركه صاحبه
فيه ، ولا أن يكون في عموم
التجارات بل يجوز عاما
ويجوز خاصا^(١٠٥) .

لان اعتبار هذه الشرائط
في المفاوضات لدلالة اللفظ
عليها وهو معنى المساواة -
والشركة التي تتخذ شكل
العنان - مثل هذه الشركة

كانت بين رسول الله ﷺ وبين السائب بن شريك^(١٠٦) والشركة التي أقرها رسول الله ﷺ بين زيد بن الأرقم والبراء بن معمر فيما رواه البخاري^(١٠٧).

- وقد انعقد اتفاق الفقهاء على جواز هذا النوع الشركة التي تتخذ شكل العنان من بين الشركات في الفقه الإسلامي مع اختلاف بسيط فيما بينهم في بعض الشروط ونعرض فيما يلي أقوال فقهاء المذاهب :

رأى الحنفية في شركة العنان^(١٠٨) :

اشترط الحنفية ترتيب الأثر في انعقاد شركة العنان على التصرف في رأس المال فالحنفية يشترطون التصرف في رأس المال^(١٠٩) بالشراء لكي يترتب الأثر في انعقاد شركة العنان^(١١٠).

ومع تقديرنا للفقهاء الذين اشترطوا التصرف في رأس المال بالشراء لكي يترتب الأثر في انعقاد شركة العنان إلا أننا لا نرى هذا الرأي لأنه مادامنا قد سلمنا بأن الفقه الإسلامي قد عرف الأثر المترتب على عقد الشركة «إيا كان نوعها» وهو - نشوء

شخص معنوي جديد مستقل عن الشركاء له شخصيته القانونية^(١١١) وما يترتب على ذلك من أهليته في نملك الأموال «الحصص» المقدمة من الشركاء فهذا يعني أن الشركة فور الاتفاق على عقدها تكون أموال الشركاء ملكا لها وتم عقدها بالفعل . وسواء تصرف الشركاء في رأس المال من عدمه وبالتالي ترتب الأثر على الانعقاد وهو نشوء الشخص المعنوي (أو الاعتباري أو المجازي) ألا وهو شخص الشركة المستقل عن اشخاص الشركاء^(١١٢)

هذا فضلا عن أن اشتراط التصرف في رأس مال شركة العنان بالشراء .. لكي يترتب الأثر في انعقاد الشركة (كما ذهب الفقهاء الذين عرضنا رأيهم) لا يتفق مع ما ذهبوا إليه - وما هو مسلم به من أن شركة العنان تنعقد على الوكالة^(١١٣) بمعنى أن كل واحد من الشركاء في هذه الشركة يكون وكيلًا عن صاحبه في الشراء بالمال الذي عينه - وكون الشركة مبنية على الوكالة يمكن كل شريك من التصرف ويكون الحاصل من التجارة «كما اسلفناه» مشتركا بين الشركاء .

- إذ أنه مادام من آثار عقد الشركة التي تتخذ شكل العنان أن كل شريك أصبح وكيلًا عن غيره من الشركاء فإن أي تصرف منه يلزم الآخرين لوجود وكالة متبادلة بين الشركاء وهذا في حد ذاته يؤكد أن آثار الشركة تترتب فور العقد ولا يؤجل ترتيب تلك الآثار على التصرف في رأس المال بالشراء من جانب الشركاء .

رأى الشافعية^(١١٤) وأهل الظاهر^(١١٥) وبعض فرق الشيعة الزيدية^(١١٦) والجعفرية في شركة العنان :

ذهب الشافعية وأهل الظاهر والزيدية والجعفرية إلى ما ذهب إليه الحنفية من أنه ولو أن شركة العنان تنعقد بالإيجاب والقبول إلا أن الأثر لا يترتب عليها إلا عند التصرف بالشراء^(١١٧) وقد سبق أن بينا وجهة نظرنا في هذا الاشتراط^(١١٨) وأن الشركة تنعقد وتترتب آثارها فور العقد حتى ولو تأجل التصرف .

وقد ذهب البعض^(١١٩) أيضا إلى أن شركة العنان تنبني على الأمانة لأن كل

شريك أمين على المال الذي في يده ويستند في هذا الاشتراط الذي يبنى عليه شركة العنان بالذات الى قول الرسول عليه الصلاة والسلام في الحديث القدسي فيما رواه عن ربه سبحانه وتعالى أنه قال : «أنا ثالث الشريكين ما لم يتخاونا» وفي رواية أخرى «أنا ثالث الشريكين ما لم يخن أحدهما صاحبه» فان خانه خرجت من بينهما .

ومع تقديرنا لمن اشترط هذا الشرط «شرط الأمانة» في شركة العنان على وجه الخصوص فان هذا الشرط ليس خاصا بشركة العنان دون غيرها من الشركات كما وأن الحديث القدسي سالف الذكر لم يخص شركة دون غيرها بل هو وارد بالنسبة لكل الشركات أيا كان نوعها بل أيا كان موضوعها أيضا سواء شركة تجارية أم مدنية أم أية شركة فأى علاقة بين اثنين فأكثر تتضمن معنى الشركة لأبد وأن تقوم على أساس من الأمانة وهذا ما يقصده الحديث القدسي سالف الذكر من أن الله سبحانه وتعالى في هذا الحديث يبقى مع الشركاء أيا كانت شركتهم . يعينهم وينزل البركة في شركتهم ما لم تقع

الخيانة بينهم فان وقعت رفع الله عنهم العون وهذا ما يدل عليه معنى عبارة «خرجت من بينهما» .

رأى المالكية في شركة العنان :

رغم أنه روى عن الإمام مالك أنه لا يعرف العنان إلا أن هذا الاسم ساد في كتب الملكية من بعد (١٢٠) .

وقد ذهب المالكية إلى أن عقد شركة العنان يفيد بيع بعض مال كل من الشركاء إلى صاحبه ببعض ماله فبمجرد العقد يصبح المال في ضمان الشركاء فإذا أهلك منه جزء هلك على الشركاء جميعا (١٢١) .

وهذا يؤكد وجهة نظرنا من أن آثار العقد تترتب فور العقد ولا لزوم إلى اشتراط - بعض الفقهاء من أن يتم التصرف في رأس المال بالشراء كما أسلفنا (١٢٢) .

رأى الحنابلة في شركة العنان :

شركة العنان مبنية على الوكالة والأمانة لأن كل واحد منهما «أى من الشريكين أو الشركاء» يدفع المال إلى صاحبه أمانة ، ويأذن له في

التصرف وكله... (١٢٣) وقد ذكر ابن قدامة في المغنى «إذا اشترك بدنان بماليهما» وهذه شركة العنان «وهى شركة متفق عليها» .

- أن يشترك شخصان بماليهما على أن يعملأ فيهما بأبدانهما والربح بينهما وهى جائزة بالاجماع (١٢٤) .

ولا خلاف في أنه يجوز جعل رأس المال الدراهم والدنانير فانها قيم الأموال وأثمان البياعات والناس يشتركون بها من لدن النبي ﷺ إلى زمننا من غير نكير ، فأما العروض فلا تجوز الشركة فيها في ظاهر المذهب (١٢٥) .

وسبق أن عرضنا وجهة نظرنا في أن شرط الأمانة ليس خاصا بشركة العنان فحسب وإنما هو شرط اساسى يجب أن تقوم عليه أية شركة أيا كانت لما عرفنا من قبل (١٢٦) .

ورأى الحنابلة متفق مع رأى المالكية في أن رأس المال يصبح مشتركا بمجرد العقد ويدخل في ضمان الشركاء جميعا (١٢٧) .

- هذا وقد سبق الإشارة

إلى أن الفقه الاسلامي عرف الشخصية الاعتبارية للشركة والمستقلة عن الأشخاص للشركاء بما يترتب عليها من آثار لا يلزم معها ما اشترط بعض الفقهاء من ضرورة التصرف في رأس المال المقدم من الشركاء بالشراء حتى يترتب آثار العقد فأثار العقد من وجهة نظرنا كما أسلفنا تترتب فور العقد^(١٢٨).

ولكن رغم اتفاق المذاهب الاسلامية على جواز شركة العنان من حيث المبدأ - إلا أنه توجد بعض أوجه خلاف بينها حول بعض المسائل التي يمكن حصرها في :-

أ - اشتراط خلط رأس المال المقدم من الشركاء .

ب - تحديد نصيب كل من الشركاء في الربح .

ج - حق الشريك في التدخل في إدارة الشركة .

ونعرض فيما يلي لرأى كل مذهب بالنسبة للمسائل سالفة الذكر :

أ - بالنسبة لخلط رأس المال المقدم من الشركاء في شركة العنان :

- الأحناف والحنابلة : لا يشترط الأحناف^(١٢٩)

«ماعداء زفر والحنابلة» خلط الأموال المقدمة من الشركاء في شركة العنان كشرط صحة ، فعندهم تصح الشركة دون أن يخلط رأس المال . أما المالكية :

- فإنهم وإن اشترطوا خلط المال إلا أنهم يكتفون بالخلط الحكمي عن الخلط الحقيقي :- أما الشافعية وأهل الظاهر وزفر من الحنفية وبعض فرق الشيعة «الشيعة الزيدية والأمامية والجعفرية» .

فيشترط هؤلاء خلط رأس المال المقدم من الشركاء كشرط لصحة عقد الشركة^(١٣٠) . ومع تقديرنا للفقهاء الذين اشترطوا خلط رأس المال فنرى أنه طالما أن كل شريك قدم نصيبه في رأس المال الذي شارك به فان رأس المال هذا أصبح مملوكا للشركة كشخص معنوي مستقل عن اشخاص الشركاء وعقد الشركة يعتبر صحيحا بالنسبة لتوافر شرائط صحته وقت انعقاده فما دام الفقه الاسلامي قد اعترف بالشخصية المعنوية المستقلة للشركة عن اشخاص الشركاء فان رأس المال أي الحصة

المقدمة من كل شريك يصبح والحال كذلك مملوكا لشخص معنوي له شخصيته القانونية وما يترتب عليها من أهلية تملكه لرأس المال - خاصة وأن مثل هذا الاشتراط ، ألا وهو خلط رأس المال المقدم من الشركاء قد يفهم منه أن الأموال «أي حصص الشركاء» تظل حتى بعد الاتفاق على تكوين الشركة على ملك مقدمها من الشركاء ولا تنتقل الى الشركة كشخص مستقل له شخصيته المعنوية وقد عرضنا من قبل اعتراف الفقه الاسلامي بهذه الشخصية وبأن كلمة العقد كما تنصرف الى ذات الاتفاق الذي يتم بين الشركاء تشمل أيضا شخص الشركة كشخص معنوي مستقل عن الشركاء المكونين للشركة^(١٣١) .

ب - بالنسبة لحق الشريك في التدخل في إدارة الشركة «شركة العنان» :-

- الحنفية والشافعية والحنابلة وبعض فرق الشيعة «الزيدية والأمامية» يرون أنه يجوز أن يتفق الشركاء في شركة العنان على انفراد أحدهم أو بعضهم بأعمال إدارة الشركة فإن لم يتفقوا تبقى على الأصل ألا وهو حق كل من

الشركاء في التدخل في الإدارة، لأن الإدارة حالة عدم الاتفاق على التخصيص تعتبر حقا للشركاء جميعا (١٣٢).

- المالكية والظاهرية :

لم يجر كل منهم هذا الأفراد وظل على الأصل في الإدارة .

ج - بالنسبة لاقتسام الأرباح والخسائر :

- الشافعية والمالكية وأهل الظاهر :

لا يشترط في شركة العنان «بخلاف شركة المفاوضة» المساواة في الربح فيجوز التساوي بين الشركاء في الربح أو التفاضل فيه .

وما لم يتفق الشركاء على كيفية توزيع الأرباح تبقى على الأصل عند كل من الشافعية والمالكية وأهل الظاهر أي ارتباط الربح برأس المال ارتباطا وثيقا بمعنى أن رأس

المال المقدم من كل من الشركاء يحدد نصيب كل منهم من الربح فتدور نسبته مع حصة كل شريك زيادة أو نقصا حتى ولو أدى أحد الشركاء عملا يزيد على ما اداه الشركاء الآخرون (١٣٣) .

- الحنفية والحنابلة وبعض فرق الشيعة : (الزيدية والامامية) :

يرى هؤلاء أن عمل الشريك «حصة عمل» يجب أن يحصل مقدمها في مقابلة ذلك على جزء من الربح .

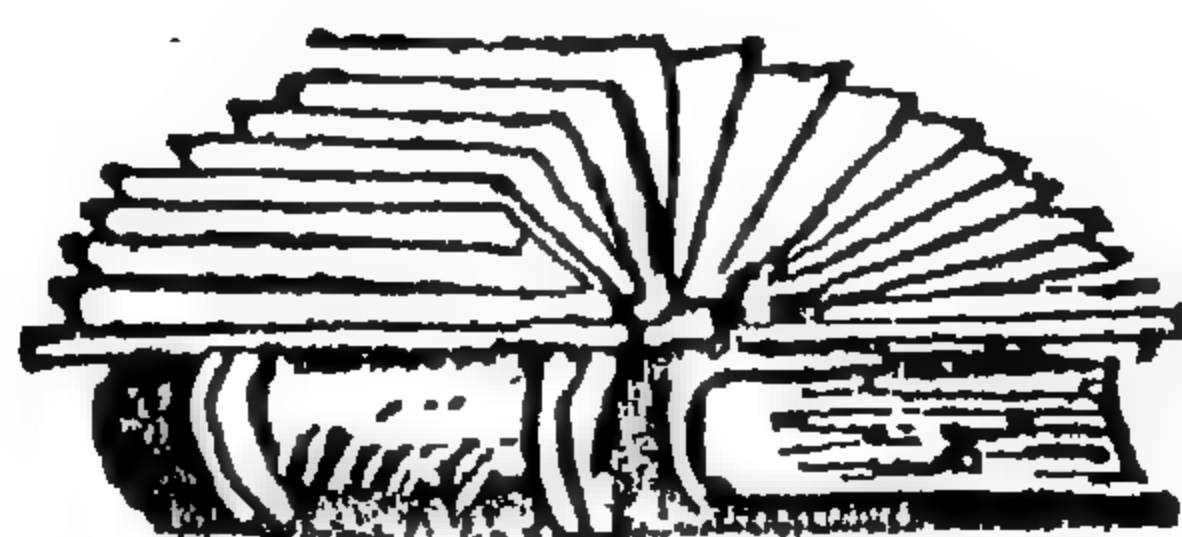
«وهذا ما يعبرون عنه بجواز التفاضل في الربح عن رأس المال» ، ويعقب البعض على ذلك بأن هذا التعبير غير دقيق أو هو يعبر عن اختلاف ظاهري وغير حقيقي إذ قد يفهم منه جواز التفاضل في الربح مع التساوي في قدر ما يقدمه - كل شريك من رأس المال ولو لم يكن هذا التفاضل

بسبب التفاضل في العمل (١٣٤) .

والذي نفهمه من التعبير السابق «جواز التفاضل في الربح عن رأس المال» إذا كان يوجد ثمة ما يبرر هذا التفاضل ، وهذا المبرر أو المسوغ أن يقدم الشريك إلى جانب حصته المالية حصة أخرى . «حصة عمل» سواء كانت الزيادة في كم العمل لو قدم كل من الشريكين مثلا عملا إلى جانب الحصة المالية وكانت حصة أحدهم تزيد من حيث الكم أو كانت الزيادة من حيث كيفية العمل ودرجة جودته (١٣٥) .

فحيث يوجد مسوغ يقتضي التفاضل في الربح تكون القاعدة ويكون التفاضل لأن العبارة جاءت مطلقة .

جواز التفاضل في الربح عن رأس المال ومن مستلزمات تطبيقها أن يكون هناك ثمة تفاضل فيما قدمه أحد الشركاء عن الآخر .



ملامح

١ - الشركة هنا بكسر الشين ومكون الراء ، وقد تفتح الشين وتكسر الراء ولكن الأول أفصح حتى قيل إنه لم يثبت فيها غيره - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - الجزء الثالث - المعاملات ، عبد الرحمن الجزيري ، دار الإرشاد للتأليف والطبع والنشر ، القاهرة .

٢ - هذا الوضع الجديد أخذ يتميز بكيان مستقل عن كيان أشخاص الشركاء حتى اعتبر شخصا آخر له مقوماته الخاصة ، وعلى ذلك صار لفظ الشركة إذا أطلق يقصد به المعنيان الشخصى الاعتبارى ، والعقد الذى تكون بمقتضاه - الحصص بالعمل بين الفقه الإسلامى والقانون الوضعى للدكتور السيد على السيد - المجلس الأعلى للشئون الإسلامية ، لجنة الخبراء ، القاهرة ومحاضراتنا فى الشركات بين الفقه الإسلامى والتشريع الوضعى لطلاب ما جستير الفقه المقارن بجامعة أم درمان الإسلامية فى السنوات من ١٩٨٦ حتى ١٩٨٩ .

٣ - الشركات فى الفقه الإسلامى للشيخ على الخفيف ، الحصص بالعمل . المرجع السابق ، كشف القناع عن متن الاقناع لمنصور بن ادريس (١٠٥١ هـ) المطبعة العامرة بالقاهرة ١٣١٩ هـ (من كتب المذهب الحنبلى) ج ٢ ص ٢٥٢ وورد به ان شركة الملك نوعان اجتماع فى استحقاق أو اجتماع فى تصرف ، فالنوع الأول شركة فى المال كائنين ملكا عينا بمنافعها بارث أو شراء أو هبة أو نحوها ... والنوع الثانى شركة العقود .

٤ - وعلى سبيل المثال نجد منصور بن ادريس (١٠٥١ هـ) من الحنابلة يعرف الشركة بانها اجتماع فى استحقاق أو اجتماع فى تصرف ، كشف القناع عن متن الاقناع ، المرجع السابق - وأيضا محمد بن أحمد الرملى (١٠٠٤ هـ) من (الشافعية) تقرر أن الشركة ثبوت الحق شائعا فى شيء واحد ، أو عقد يقتضى ذلك ، نهاية المختار إلى شرع المنهاج ، القاهرة ج ٤ ص ٢ وكذلك علاء الدين محمد الحصكفى المعروف بالحصكفى (١٠٨٨ هـ) (من الحنفية) يعرف الشركة بقوله (لغة الخلط سمي بها العقد لأنها سببه شرعا الدر المختار شرح تنوير الابصار ، وهو مطبوع على هامش جامع الرموز محمد الفهستاني الخراساني (٩٦٣ هـ) .

- ونجد محمد أمين الشهير بابن عابدين (١٢٥٢ هـ) من الحنفية يشرح ذلك بقوله لان العقد سببه الشركة التى حقيقتها الخلط فالعلاقة السببية من إطلاق اسم المسبب على سببه رد المختار على الدر المختار ج ٣ ص ٣٤٣ .
- وفى نطاق القانون الوضعى - نجد أن لفظ «الشركة» يطلق عند فقهاء القانون الوضعى على العقد المنشئ لها ، كما يطلق على الشخص المعنوى الذى يتكون من اجتماع الأشخاص والأموال وينشأ بانعقاد العقد .

- القانون التجارى للدكتور محمود سمير الشرقاوى سنة ١٩٧٨ القاهرة - الجزء الأول ص ١٨٦ و ٢٠٥ ، والوجيز فى القانون التجارى للدكتور مصطفى كمال طه سنة ١٩٧٨ الاسكندرية ص ١٧١ و ١٩٣ والقانون التجارى السعودى للدكتور حمزة على المدنى - الطبعة الأولى - ١٤٠٦ هـ ، ١٩٨٦ م دار المدنى بجدة - ص ١٥٤ ، ١٧٧ .

- هذا ولا نتفق مع ما ذهب إليه بعض أساتذة القانون من أن الشركات فى الشريعة الإسلامية لا تتمتع بشخصية اعتبارية - إذ أنه واضح بما أشرنا إليه أن هذه الشركات كانت تتمتع بهذه الشخصية الاعتبارية وأن لفظ «الشركة» يعنى ذات العقد وأيضا ما يترتب على العقد .

الشركات فى الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى للدكتور عبد العزيز عزت الخياط وزارة الأوقاف والشئون والمقدسات الإسلامية - عمان ١٣٩٠ هـ ، ١٩٧١ م ج ١ ص ٢٩ ، القانون التجارى السعودى للدكتور محمد حسن الجبر - عمادة شئون المكتبات - جامعة الملك سعود ، الرياض ٢ + ١٤ هـ ، ١٩٨٢ ص ١٢٦ .

- ويفرق الأستاذ الدكتور على جمال الدين عوض بين اصطلاح الشركة وعقد الشركة وشخص الشركة - فنذكر أن لفظ الشركة يطلق فى معنى أول على المشروع الاقتصادى الذى يقوم على استغلاله أكثر من شخص (وهو

مواضع

بهذا يقابل المشروع الفردي الذي ينفرد بدارته واستغلاله فرد واحد) وأن الشركة بهذا الوصف (وصف المشروع الاقتصادي) تختلف عن مقصود الشركة في نظر القانون فهو في هذه الناحية له معنيان ... فهو يعني أولا - عقد الشركة أي الاتفاق الذي يربط الشركاء فيما بينهم وينظم علاقاتهم كشركاء وهو الذي ينشئ بينهم حالة الشركة فيعطى كلا منهم حقوق الشريك ويولد في ذمته التزاماته - وأما المعنى الثاني للفظ الشركة فقد ذكر أنه يعني الشخص الاعتباري الذي يقوم على رأس المشروع ، إذ أن الشركة شخص اعتباري مستقل عن شخصية كل من الشركاء ويتمتع بمعظم خصائص الأشخاص فله ذمة مالية مستقلة عن ذمة الشركاء وله موطن خاص ويتمتع بأهلية الوجوب وأهلية الأداء ويرتبط عقد الشركة ارتباطا وثيقا بشخصيتها لأن العقد هو الذي ينشئ شخصية الشركة فلا يتصور وجود شخصية الشركة بدون وجود عقد الشركة - القانون التجاري للدكتور علي جمال الدين عوض ١٩٦٩ القاهرة ص ١٣٤ و ١٣٥ .

٥ - كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - الجزء الثالث قسم المعاملات ، للأستاذ عبد الرحمن الجزيري - المرجع السابق ص ٧٤ ، ٧٥ .

٦ - المغنى لابن قدامة - الجزء الخامس ص ٣ .

٧ - وجاء أيضا في كشف القناع ، المرجع السابق : ح ٢ ص ٢٥٢ ، وهي «أي الشركة، نوعان من اجتماع في استحقاق أو اجتماع في تصرف ، فالنوع الأول شركة في المال كائنين ملكا عينا بمنافعها يارث أو شراء أو هبة ونحوها .. والنوع الثاني شركة عقود (.....) .

٨ - راجع ما سبق ص ٣ .

٩ - أ . د . ملش بند ١٩

أ . د . مصطفى طه ص ٢٤٤ هامش ١

أ . د . محسن شفيق ، الموجز بند ١٥٧

أ . د . علي يونس بند ٢٠

أ . د . البارودي ح ١ بند ١٠٢

أ . د . حسني عباس بند ١

أ . د . علي السيد ، الحصص بالعمل ص ٢ .

١٠ - كشف القناع عن متن الاقناع - المرجع السابق - ح ٢ ص ٢٥٢ .

١١ - ح ٤ ص ٢ المرجع السابق .

١٢ - علاء الدين محمد الحصكفي المعروف بالحصكفي ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار ح ٢ ص ١٢٨ ،

وهو يعطى المعنى اللغوي للفظ الشركة وهو الخلط أي الاختلاط والامتزاج .

١٣ - ابن عابدين في حاشيته على الدر ح ٣ ص ٣٤٣ .

١٤ - الحصص بالعمل - المرجع السابق ص ١٠ .

١٥ - أضفنا عبارة «بوجه عام» لأنه توجد أدلة خاصة ببعض أنواع من الشركات منعرض لها في حينها ..

مثل القياس أو الاستحسان

١٦ - الآية رقم ١٢ من سورة النساء (٤) .

١٧ - الآية رقم ٢٤ من سورة ص (٣٨) .

قوائم

- ١٨ - رواه أحمد والبخارى بمعناه ، نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٢٣ .
- ١٩ - رواه أبو داود .
- ٢٠ - المغنى لأبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة بتصحیح د . محمد خليل هراس الجزء الخامس ، المرجع السابق ص ٣ .
- ٢١ - أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه وصححه الحاكم وأخرجه أحمد من وجه آخر أن النبى ﷺ قال للسائب «مرحبا بأخى وشريكى .. الحديث» نصب الرأية فى تخريج احاديث الهداية للزيلعى ص ٣٢٦ وسنن ابن ماجه ج ٢ ص ٢٣ .
- ٢٢ - سوف نعرض لذلك حينه ان شاء الله .
- ٢٣ - نهاية المحتاج الى شرح المنهاج (محمد بن أحمد الرملى (١٠٠٤ هـ) ج ٤ ص ٢ .
- ٢٤ - ولاشك أن الاجماع قد استند الى الأصلين السابقين عليه وقد سبق الإشارة إلى قوله تعالى . وان كثيرا من الخلطاء
- ٢٥ - وهكذا كان شأن الإسلام فيما وجد عليه العرب من عادات فاخذ بها ان صلحت ومنهها أن احتاجت إلى ذلك وألقى ما رأى فيه ما يتعارض مع أصوله وقواعده حتى لا يلحق الضرر بمصالح المجتمع الجديد الذى بدأ يكونه وهو فى كل ذلك يبين المنافع والمضار ولقد رأينا رسول الله ﷺ فى حديث بن المنهال ينظم موضوع لنشاط شركة عرضت عليه فاباح ما يتفق والشرع الإسلامى ومنع ما يتعارض مع مبادئه . وكل ذلك يتفق ومنطق تشريع جاء يحقق مصالح الناس ويرعاها على مختلف العصور والازمنة فالاسلام لم يأت ليهدم ما كان عليه الناس من مدنية واخلاق وعادات ليؤسس على أنقاضها مدنية جديدة ، وعادات وأخلاقا أخرى . وانما كان ينظر الى الأشياء من جهة ما فيها من مصلحة أو مفسدة ويعطيها الحكم تبعاً لذلك . الحصه بالعمل ، المرجع السابق ص ٤ ، ٥ والمدخل للأستاذ الشيخ محمد شلبى ص ٤٤ .
- ٢٦ - نهاية المحتاج ج ٤ ص ٢ .
- ٢٧ - وهذا هو ما يعنيه لفظ «الشركة» بمعنى «المشروع» القانون التجارى للدكتور / على جمال الدين عوض ، ص ١٣٤ سنة ١٩٦٩ ، القاهرة .
- ٢٨ - ويكتفى البعض من الفقهاء المسلمين ببطلان هذا الاتفاق فقط ، بينما يمتد هذا البطلان عند البعض الآخر ليلحق بالشركة بأسرها .
- ٢٩ - هذه القواعد قواعد أمرة تلزم الشركاء بعدم جواز الاتفاق على خلافها .
- ٣٠ - وهذا بعكس الربح الذى هو نتيجة المال والعمل معا فيوزع عليهما - إما إذا اتضح أن العمل صاحب الحصه بالعمل وقد اسهم أو تسبب فى وقوع الخسارة اهمالا أو قصدا ، فعندئذ يتحمل هذا العنصر مسئوليته كاملة عن ذلك - الحصه بالعمل - المرجع السابق ص ١٦٩ .
- ٣١ - وقد اباحت بعض المذاهب الفقهية التفاضل فى الربح بين الشركاء ولو تساوت حصصهم المالية فى رأس مال الشركة ولكن هذه المذاهب قيدت أجازتها هذه بان تكون - الزيادة فى الربح مقابلة بزيادة فى العمل وبذلك نجد أنها مع تقبلها لاتفاق الشركاء على تفاوت أنصبتهم فى الأرباح مع حصصهم فى رأس المال ، متمسكة بالقاعدة غير مجيزة لاتفاق على خلافها ، طالما أن هذا الاتفاق على التفاوت فى الربح حصيلة للتفاوت فى العمل فمن يحصل

شواهد

على ربح يزيد على الحصة المنفقة مع حصته في رأس المال انما يحصل عليه في مقابلة حصة عمل قدمها مضافة الى حصته المالية وهكذا نتأكد .. القاعدة وسرياتها عند كافة المذاهب ولو أن الظاهر قد يوحى بوجود خلاف حولها - الحصة بالعمل ، المرجع السابق ص ١١ .

٣٢ - المرجع السابق ص ١٧٥ .

٣٣ - القانون التجاري للدكتور على جمال الدين عريض ، ص ١٤٩ ، القاهرة سنة ١٩٦٩ وقد عرفت محكمة النقض الحصة بالعمل بقولها «ان العمل الذي يصبح اعتباره حصة في رأس مال شركة هو العمل الفني كالخبرة التجارية في مشترى الصنف المتجر به وبيعه أما العمل النافه الذي لا قيمة له فإنه لا يعتبر حصة في رأس المال» نقض مصري ٢٢ يونيو سنة ١٩٢٣ ، المحاماة ١٤ ص ٦١ .

٣٤ - مفتاح الكرامة - من كذب الشيعة الأملية - د . محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسيني الموسوي العاملي (١٢٢٦ هـ) ح ٧ ص ٤٠٣ - مطبعة الشورى القاهرة ١٣٢٦ هـ - والحصة بالعمل - المرجع السابق ص ١٧٨ .

٣٥ - وبطبيعة الحال يجب أن تقوم الحصة العينية التي يقدمها الشريك حتى يعرف مقدار مساهمته في رأس مال الشركة .

٣٦ - والشرط ليس الاتفاق ، ولا يمكن أن يوجد اتفاق دون أن توجد القواعد التي يتم ارساؤه عليها ، بل ان من أسباب فساد عقد الشركة جهالة الربح سواء بالسكوت عن تقديره ، او تقديره بطريقة تؤدي الى جهالته وكون الربح قد ذكر دون تحديد يزيل الجهالة ، يدل بذاته على أن الحصص لم تقوم على الوجه الصحيح وإلا لثم تحديد الربح تحديدا سليما ، وعلى هذا فكان مرد الفساد الى سبب خاف هو «جهالة تقويم الحصص» .

٣٧ - ولذلك فمن المقرر في الفقه الاسلامي أن الأرباح التي تتحقق ، تجبر بها الخسارة التي قد تمنى بها الشركة وذلك وقاية لرأس المال - وأقوال المذاهب الاسلامية في هذا الخصوص تؤيد ذلك - رد المختار على الدر المختار (محمد أمين ، شهير بابن عابدين ١٢٥٢ هـ) هامش حاشية ابن عابدين ح ٢ ص ٣٠٥ ح ٢ ص ٣٨٦ ، ح ٤ ص ٥٠٦ ، المطبعة الأميرية - القاهرة سنة ١٣٢٥ هـ والمغنى لشيخ الإسلام موفق الدين أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة سنة ٦٢٠ هـ ح ٥ ص ٥١ دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع - طبعة جديدة ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م - والحصة بالعمل - المرجع السابق ص ١٧٦ .

٣٨ - ولذلك نجد أن هناك ثمة اختلاف بين موقف الفقه الاسلامي حيث لا يسمح بالاتفاق على اعفاء الشريك صاحب الحصة بالعمل من الخسارة وبين القانون الوضعي سواء في السودان أو مصر على سبيل المثال إذ أن هناك نصا في قانون المعاملات المدنية السوداني والقانون المدني المصري يجيز الاتفاق على اعفاء الشريك بالعمل من تحمل الخسارة .

٣٩ - ومن لا يعتد بهذا الشرط «عدم الأضرار بالشركة» يصطدم بالقاعدة العامة في المعاملات ولا ضرر ولا ضراره ويتعارض مع القواعد العامة في الشركات ويخالف القواعد الخاصة بالشريك صاحب الحصة بالعمل .

٤٠ - وذلك تطبيقا أيضا للقاعدة أن الخسارة التي يتحملها كل من الشركاء يجب أن تنفق وطبيعة التزام كل شريك - وعدم التزام الشريك بالعمل بجزء من الخسارة المالية - زيادة على ما يتحمله عادة من فقد مقابل هذا العمل تطبيقا لقاعدة الغنم بالغرم ما لم يكن هناك أهمال أو تفريط ، ولا يمكن للشريك بالعمل أن يحتج بقاعدة «الوضعية على رأس المال» لأن تطبيق هذه القاعدة مقيد بالحالات التي تتحقق فيها الخسارة دون تعد أو أهمال يرتكبه أحد - الحصة بالعمل - المرجع السابق ص ١٦١ .

مواش

٤١ - المرجع السابق ص ١٦٢ .

٤٢ - بدليل ان المضارب إذا استعان برب المال استحق الربح ، وان لم يوجد منه العمل لوجود شرط العمل عليه بدائع الصانع في ترتيب الشرائع للعلامة الفقيه علاء الدين أبى بكر مسعود الكاسانى الحنفى الجزء السابع ص ٣٥٤٦ .

٤٣ - وعلى ذلك فلا عبرة بتفاوت العمل فيما بين الشريكين ما دام قد تراضيا على نسبة معينة فيما بينهما ولو عمل أحدهما أكثر من الآخر ، لما ورد من حديث زيد بن على عن أبيه عن جده رضى الله عنهم أن رجلين كانا شريكين على عهد رسول الله ﷺ فكان أحدهما مواظبا على السوق والتجارة وكان الآخر مواظبا على المسجد والصلاة خلف رسول الله ﷺ فلما كان عند قسمة الربح ، قال المواظب على السوق فضلى فانى كنت مواظبا على التجارة وانت كنت مواظبا على المسجد ، فجاء الى رسول الله ﷺ فنكزا ذلك فقال ﷺ الذى كان يواظب على السوق : انما كنت ترزق بمواظبة صاحبك على المسجد والروض النضير شرح مجموعة الفقه الكبير لشرف الدين الحسين الصنعانى الجزء الثالث ص ٣٦٢ - فالرسول ﷺ لم يفضل صاحب العمل الأكثر على شريكه فى الربح بالموافقة على اختصاصه بربح أكبر - ويلاحظ أنه لما كان العقد شريعة المتعاقدين ويقول الله تعالى فى سورة المائدة (الآية ١) اوفوا بالعقود فانه يمكن للشركاء الاتفاق على التفاضل فى الربح لمن يعمل أكثر أو لمن لديه كفاءة خاصة على العمل .

٤٤ - وهو ما يسمى فى اصطلاح القانون مبدءاً ثابت رأس المال ورأس مال الشركة يجب أن يبقى دون أى نقص باعتباره الحد الأدنى لضمان الدائنين وهذا المبدأ هو الذى يفرض على الشركة المبادرة بجبر ما يعترى رأس المال من نقص فى حالة الخسارة قبل توزيع أى ربح على الشركاء .

٤٥ - رد المختار على الدر المختار - المرجع السابق - ج ٢ ص ٣٠٥ ، ص ٣٨٨ ، والحصص بالعمل ، المرجع السابق - ومحاضراتنا بجامعة أم درمان الإسلامية لطلبة ماجستير الفقه المقارن فى موضوع الشركات فى الفقه الإسلامى - المرجع السابق .

٤٦ - الفصل الأول من القسم الأول من ٤ الى ٨ .

٤٧ - كما أشرنا آنفاً إلى أن المقصود بالشركة هنا ليس ذات العقد ، بل هو الاجتماع الذى ينشأ عن العقد أو هو بالتعبير الحديث الشخص المعنوى الذى يوجد العقد . وقد أشرنا آنفاً الى ما أورده الحصص من الحنفية فى كتابه الدر المختار حين عرف الشركة فقال : لغة الخلط سمي بها العقد لأنها سببه شرعاً ، ج ٢ ص ١٣٨ وهو يعطى المعنى اللغوى للفظ الشركة وهو الخلط أى الاختلاط والامتزاج . راجع ص ٧ و ٨ .

٤٨ - خزائن الفقه ، ابو الليث السمرقندى وخزائن الفقه ، وهو مخطوط فى مكتبة محافظة الاسكندرية رقم ٣٠٨٣ .

٤٩ - بدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع ، أبو بكر بن مسعود الكاسانى ج ٦ ص ٥٦ و ٥٧ القاهرة ١٣٢٨ هـ .

٥٠ - الاختيار لتعليل المختار ، عبد الله بن محمود بن موبود الموصلى ، مراجعة الشيخ محمود أبو دققة - ج ٢ ص ٧٤ ، القاهرة ، سنة ١٣٥٦ هـ .

٥١ - السيد / محمد أبو السعود ، فتح الله المعين - حاشية على شرح الكنز للمسكين ج ٢ ص ٤٨٩ - القاهرة - سنة ١٢٨٧ هـ - والتقسيم المشار اليه هو اعتبار الأنواع ثلاثة شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل منها ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة اقسام .

مواش

ومختصر الطحاوى ، أحمد بن سلامة الطحاوى ، القاهرة ١٣٧٠ هـ وتبيين الحقائق شرح على كنز الدقائق ، عثمان بن على الزيلعى ، القاهرة ١٣١٣ / ١٣١٥ هـ .

٥٢ - سبق أن اشرنا هنا الى تقسيم الشركة عند أبى الليث السمرقندى إذ يقول «وانما شركة العقود على أربعة أوجه : مفاوضة وعنان وشركة الصنائع وشركة الوجوه ويقال شركة المضاربة فى حين لم يرد ذكر شركة المضاربة فى أقوال باقى فقهاء المذهب - ولعل ذلك مرجعه الى ان البعض يعتبرها شركة فى الربح فقط وسوف يبين لنا عندما تعرض للتكييف القانونى للمضاربة فى بحث لاحق انما شركة تجمع بين المال من جانب والعمل من جانب آخر وانها كأي شركة تحتمل الربح والخسارة .

٥٣ - ونعنى كما اشرنا شركة العقد لان الشركة عند الحنفية تنقسم الى قسمين : «شركة ملك» و «شركة عقود» - واما شركة الملك فهي عبارة عن ان يملك شخصان فاكثرا عينا من غير عقد شركة ، واما شركة العقود فهي عبارة عن العقد الواقع بين اثنين فاكثرا للاشتراك فى مال وربحه بأن يقول احد الشركاء لصاحبه شاركك فى كذا ويقول الآخر قبلت وهذا هو المعنى العام الذى يتناول كافة اقسام شركة العقود .

- وشركة الملك تنقسم الى قسمين شركة جبر وشركة اختيار فشركة الجبر هي ان يجتمع شخصان أو اكثر فى ملك عين قهرا .

وأما شركة الاختيار فهي ان يجتمعا فى ملك عين باختيارهما كما اذا خلطا مالهما بالاختيار أو اشتريا عينا بالاشتراك أو اوصى لهما بمال فقبلة شركة بينهما فان ذلك كله شركة ملك باختيار الشريكين لانه متى اجتمع نصيب شخص مع نصيب آخر توافر ركن شركة الملك هي اجتماع النصيبين وبالتالي تحققت شركة المالك - الفقه على المذاهب الاربعة - المرجع السابق ص ٦٣ .

٥٤ - حدث خلاف بين الأحناف هل تعتبر شركة المضاربة من الشركات والرأى الراجح انها تعتبر نوعا من الشركة وهي شركة فى الربح ، دفع المال الى الغير ليتجر فيه والربح بينهما حسب الشرط - الشركات فى الشريعة الاسلامية والقانون ، المرجع السابق ص ٩ وبدائع الصنائع فى ترتيب الشرائع أبو بكر بن مسعود الكاسانى - القاهرة ح ٦ ص ٨٦ و ٩ من كتب الفقه الحنفى والبحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، أحمد بن يحيى بن المرتضى ح ٤ ص ٧٩ القاهرة من كتب الشيعة الزيدية .

ومع تقديرنا لما ورد فى تقرير كون المضاربة شركة من أنها شركة فى الربح الا أنه لنا نحفظ على ذلك أذان المضاربة شركة من ضمن الشركات المعتبرة فهي شركة تجمع بين المال من جانب «رب المال» والمعمل عمل المضارب بغض النظر عن نتيجة المضاربة ربحا أو خسارة وسوف نعود الى ذلك بالتفصيل عند الكلام عن شركة المضاربة ، فى بحث لاحق .

٥٥ - ويجوز أن تتعقد بين المميزين المأذونين فى التجارة على خلاف شركة المفاوضة .

٥٦ - يقول أبو الليث السمرقندى «خزانة الفقه وهو مخطوط فى مكتبة محافظة الاسكندرية رقم ٣٠٨٣ وأما شركة العنان فتتعقد على الوكالة دون الكفالة وتصح مع التفاضل فى المال ويصح أن يتساويا فى الربح ويتفاضلا فيه وأيضاً كتاب الحصص بالعمل بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى - المرجع السابق .

٥٧ - شركة الأموال هي التي تعتمد على المشاركة فى رأس المال .

٥٨ - شركة الأعمال «الصنائع أو الابدان أو الثقل هي التي تعتمد على الحرفة والصناعة وضمن العمل .

٥٩ - شركة الوجوه تعتمد على ثقة الناس بالمشاركين وليس لهم مال وحرفة ولكن لهم حسن التصرف والخبرة

مواش

في البيع والشراء .

٦٠ - الشركات في الشريعة والقانون ، المرجع السابق وقد ذهب الى التقسيم المشار اليه أبو بكر ابن مسعود الكاساني في بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع فقه حنفى وأحمد بن سلامة الطحاوى في مختصر الطحاوى القاهرة وفقه حنفى، وعثمان بن على الزيلعى في تبين الحقائق شرح على كنز الدقائق - القاهرة .

ولعل المقصود مما ذكره هؤلاء الفقهاء أن شركة الأموال أو شركة الأعمال أو شركة الوجوه قد تتخذ شكل المفوضة أو شكل العنان فالخلاف بين فقهاء المذهب الحنفى هل تعتبر كل من المفوضة أو العنان شركة مستقلة أم أنها شكل لشركة فمن اعتبرها شركة مستقلة ادخلها في تقسيم الشركات وهذا هو الاتجاه الأول ومن اعتبرها شكلاً لشركة اتجه الى التقسيم الثانى باعتبار أن كلا من شركة الأموال وشركة الأعمال والوجوه قد تتخذ شكل المفوضة أو العنان والاتجاه الثانى هو الأرجح .

٦١ - اخذ قانون المعاملات المدنية السودانى الصادر سنة ١٩٨٤ نائراً منه بالشريعة الاسلامية بكل من شركة الاعمال والوجوه والمضاربة وتاثر بشكل العنان أى عدم اشتراط المساواة بين الشركاء .

..... صدر قانون المعاملات المدنية السودانى لسنة ١٩٨٤ بموجب امر مؤقت رقم ٦ لسنة ١٩٨٤ فى ١٤/٢/١٩٨٤ والمواد من رقم ٢٥٨ الى ٢٧٦ .

٦٢ - المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ص ٣ كتاب الشركة وقد ورد فيها ايضا بعد تعداد انواع الشركة على النحو الموضح فى المتن «ولا يصح شئ منها أى من الشركة الشركة، الا من جائز التصرف لانه عقد على عقد على التصرف فى المال فلا يصح من غير جائز التصرف فى المال كالبيع .

وسوف يتضح لنا فيما بعد ان من اجاز المفوضة من الفقهاء أو المذاهب الاسلامية اختلف فى ماهية المفوضة فمثلاً نجد أن بعض الأحناف ذهب إلى أن كلا من المفوضة والعنان شركة مستقلة فى حين أن البعض الآخر من الحنفية يرى أنها شكل لشركة وأما المالكية فنجد ان شركة المفوضة عندهم بوجه عام ليست الا نوعاً من العنان تزيد فيه سلطات الشريك أما الحنابلة فهي مجرد الجمع بين الأنواع المختلفة من الشركات وسوف يبين لنا فيما بعد ان القسم الفاسد من شركة المفوضة الذى ورد بكتب الحنابلة لم نجد ما يدل على اجازته عند احد من الحنفية أو المالكية أو الزيدية فالمفوضة عندهم تغاير ذلك النوع .

واما الشافعى فيعتبر شركة المفوضة نوعاً من القمار - وجدير بالذكر ان الحنابلة يقسمون المفوضة والى قسمين احدهما صحيح والآخر فاسد وسنتناول ذلك تفصيلاً فيما بعد . - كما ان المفوضة عند الحنابلة والمالكية والشيعة الزيدية لا تدخل على شركة الابدان أو الوجوه عند من يجيزها منهم كما هو شأنها عند الحنفية - وسوف نعرض لكل ذلك تفصيلاً فيما بعد .

٦٣ - بداية المجتهد ونهاية لابن رشد - ٢/٢٧٩ .

٦٤ - كتاب الفقه على المذاهب الاربعة - الجزء الثالث قسم المعاملات - المرجع السابق ص ٦٤ - وقد سبق الاشارة الى هذا النوع من الشركة .

٦٥ - فقد جاء فى المدونة البكرى للإمام مالك بن انس الاصمى - رواية سحنون بن سعيد التتوخى عن عبد الرحمن بن القاسم - ١٢ ص ٦٨ القاهرة هل كان مالك يعرف شركة العنان قال ما سمعته من مالك ولا رأيت احداً من اهل الحجاز يعرفه .

٦٦ - جاء فى الشرح الكبير ولما كانت الشركة ستة اقسام مفوضة وعنان وجبر وعمل ونعم ومضاربة وهو

مواش

القرافي ، ذكرها مرتبة هكذا الا انه فرد الاخير بباب ٠٠٠٠ ولعل في ذلك ما اشرنا اليه آنفا وسوف نتناوله تفصيلا حول التردد بشأن تكليف المضاربة هي شركة أو لا وفي موضع آخر وفسدت الشركة باشتراكهما في الذمم وذكرنا آنفا ان شركة العنان لم يرد بشأنها ما يفيد اجازتها لدى الامام مالك .

الشرح الكبير هامش حاشية الدسوقي ح ٣ ص ٣٠٨ ، ٣١٨ وايضا العدونة ، المرجع السابق .

٦٧ - فقد جاء في نهاية المحتاج ، ٠٠٠٠ هي انواع اربعة احدهما شركة الابدان ٠٠٠٠ وثانيهما شركة المفاوضة ٠٠٠٠ وثالثها شركة الوجوه ٠٠٠٠ هذه الانواع باطلة ٠٠٠٠ ورابعها شركة العنان ٠٠٠ وهي صحيحة بالاجماع ح ٤ ص ٢ وما بعدها .

٦٩ - جاء في المجلى لابن جزم الظاهري ح ٨ ص ١٢٢ وما بعدها :

ولانجوز الشركة الا في اعيان الاموال فتجوز في التجارة بان يخرج احدهما مالا والاخر ما لامثله من نوعه أو اقل منه أو اكثر منه ٠٠٠٠٠٠٠ .

٧٠ - وقد جاء في المختصر ٠٠ وهو من كتب الشيعة الامامية ولا تنعقد اى الشركة بالابدان والاعمال ولو اشتركا كذلك كان لكل واحد اجرة عمله ولا اصل لشركة الوجوه والمفاوضة ٠٠٠٠٠ . المختصر النافع ص ٤٥ ومفتاح الكرامة ح ٧ ص ٣٩٢ و ٣٩٣ .

٧١ - وربما ذلك يفسر مسلك معظم الفقهاء عندما اخصوا هذا العقد المضاربة بافراد باب مستقل له في كتبهم يستقل به عن باقى انواع الشركات .

٧٢ - قانون المعاملات المدنية الموداني لسنة ١٩٨٤ الفصل الثاني من اتياب السابع وعنوانه بعض انواع الشركات وذلك في المواد من ٢٥٨ الى ٢٧٦ والتي تناولت كلا من شركة الاعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة .

٧٣ - المفاوضة لغة تعنى المساورة وقد سمي هذا النوع من الشركة : بذلك لاعتبار المساواة فيها بين الشركاء في رأس المال الذي يجوز تقديمه في الشركة والتصرف والدين والربح - وقيل هي مشتقة من غاص الماء أو الخبر اذا انتشر وذلك لانتشار هذا العقد الشركات في الشريعة والقانون المرجع السابق هامش ص ٢٢ ولكننا نميل الى ان المفاوضة من التفويض لان كل واحد من الشريكين يفوض للتصرف الى صاحبه في كافة مال التجارة ، خاصة وان شروط المفاوضة يجعلها نادرة الوقوع عملا لعدم إمكان توافر المساواة المطلقة بين الشركاء ابتداء وانتهاء متحضرانا في الشركات في الفقه الاسلامي والتشريع الوضعي - المرجع السابق وايضا بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، ابو بكر بن مسعود الكاساني القاهرة جزء ٦ ص ٥٨ ، رد المختار على الدر المختار محمد امين الشهير بابن عابدين القاهرة جزء ٣ ص ٥٢١ وقد ذكر الكاساني ان المساواة في رأس ائمال تكون قدرا وهي شرط صحة المفاوضة بلاخلاف حتى لو كان المالان متفاضلين قد را لم تكن مفاوضة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة فلا بد من اعتبار المساواة فيها ما امكن وكذا قيمة في الرواية المشهورة ، لان زيادة القيمة بمنزلة زيادة الوزن فلا تنبت المساواة التي هي من مقتضى عقد المفاوضة .

وعلى الرواية المشهورة لا تشترط العجاسة في رأس المال حتى لو كان لاحدهما دراهم والاخر دنانير جازت المفاوضة في الرواية المشهورة بعد ان استويا في القيمة ولا خلاف في أنهما إذا لم يستويا في القيمة لم تكن مفاوضة . وروى عن أبي حنيفة عليه الرحمة أنه لا تكون مفاوضة وأن استويا في القيمة لأنه عند اختلاف الجنس لا تعرف المساواة بينهما في القيمة والصحيح هو الرواية المشهورة لأنها من جنس الايمان فكانت المجانسة ثابتة في التسمية .

مواضع

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني ، الجزء السابع ص ٣٥٤١ ، ٣٥٤٢ .

٧٤ - عن أي حبس وسميت هذه الشركة عنانا لأن شريك العنان حبس بعض ماله عن الشركة ويلاحظ أن المشرع السوداني في قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ أخذ بكل من شركة الأعمال وشركة الوجوه وشركة المضاربة وأن كنا نعتقد أن روح التشريع السوداني لاتمنع الأخذ بأشكال أخرى من الشركات لأن المشرع السوداني ذاته أورد قواعد هذه الشركات في الفصل الثاني من الباب السابع من القانون وعنوان هذا الفصل «بعض أنواع الشركات» فكان المشرع السوداني يعترف صراحة بأن هناك أنواعا أخرى جائزة من الشركات .

والمشرع السوداني لا يمنع أن تكون شركة الأعمال أو شركة الوجوه في شكل شركة المفاوضة أو في شكل شركة العنان أي أنه أخذ بالاتجاه الثاني للمذهب الحنفي في جعل كل من المفاوضة والعنان شكلا لشركة وليست شركة مستقلة وهذا هو الأرجح وعلى هذا فشركة الأعمال في القانون السوداني يمكن أن تتخذ شكل المفاوضة ويمكن أن تكون في صورة شركة عنان وأيضا شركة الوجوه فيمكن أن تكون في شكل شركة مفاوضة أو في شكل شركة عنان - وأما بالنسبة لشركة المضاربة فلها وضع خاص سوف نتناوله فيما بعد - وقد نص المشرع السوداني صراحة في المادة ٢٥٨ من قانون المعاملات المدنية السوداني لسنة ١٩٨٤ وهو يعرف شركة الأعمال أنها عقد يتفق بمقتضاه شخصان أو أكثر على التزام العمل وضمانه للغير لقاء أجر سواء أكانوا متساويين أو متفاضلين، أي أما أن تتخذ شكل شركة المفاوضة أو شركة العنان وفي شركة الوجوه نص المشرع السوداني في المادة ٢٦٤ على أن يضمن الشركاء ثمن المال المشتري كل بنسبة حصته فيه سواء باثروا الشراء معا أم منفردين، - كما نص في المادة ٢٦٥ تحت عنوان كيفية توزيع الربح والخسارة على أن يوزع الربح والخسارة على الشركاء بنسبة ما ضمنه كل منهم من المال الذي اشتروه نسبيته ما لم ينفق على غير ذلك - أي أنه لا يشترط التساوي بين الشركاء فكان المشرع السوداني أجاز في كل من شركة الأعمال وشركة الوجوه في قانون المعاملات المدنية السوداني سنة ١٩٨٤ الأخذ بشكل المفاوضة حيث يشترط التساوي بين الشركاء أو شكل شركة العنان حيث لا يشترط التساوي بين الشركاء .

٧٥ - وذلك يحقق المساواة بين الشركاء أيضا حيث يكون كل منهم مطالب بما يطالب به شريكه ولكل شريك أن يقر بالديون على الشركة وإذا أقر بها لزم شركاؤه إقراره - فشركة المفاوضة باعتبار أنها تنطوي على الوكالة والكفالة تقترب من شركة التضامن في القانون مع ملاحظة أنه في شركة التضامن لا يشترط المساواة المطلقة بين الشركاء كما هو الحال في شركة المفاوضة .

٧٦ - نظرا لاختلاف كل منهما في مدى الولاية في التصرف حيث تخرج الكفالة عن ولاية المميز المانون بالتجارة .

٧٧ - وذلك يحقق المساواة بين الشركاء أيضا حيث يكون لكل منهم مطالب بما يطالب به شريكه ولكل شريك أن يقر بالديون على الشركة وإذا أقر بها لزم شركاؤه إقراره - فشركة المفاوضة باعتباره أنها تنطوي على الوكالة والكفالة تقترب من شركة التضامن في القانون مع ملاحظة أنه في شركة التضامن لا يشترط المساواة المطلقة بين الشركاء كما هو الحال في شركة المفاوضة ، كما أشرنا من قبل .

٧٨ - ولا عبرة بالتفاوت في التجارة بين المسلم والذمي عند أبي يوسف لاستوائهما في التجارة الشركات في الشريعة والقانون - المرجع السابق ص ٢٤ .

وعلى هذا يخرج قول أبي حنيفة ومحمد عليهما الرحمة أنه لا يجوز المفاوضة بين المسلم وبين الذمي لأن الذمي يختص بتجارة لا تجوز للمسلم وهي التجارة في الخمر والخنزير فلم يستويا في التجارة فلا يتحقق معنى المفاوضة

مواش

وعند أبي يوسف يجوز لامتوائهما في أهلية الوكالة والكفالة وتجوز مفاوضة النميمين لاستوائهما في التجارة .
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع الكاساني الجزء السابع - المرجع السابق ص ٣٥٤٢ - ٣٥٤٣ .

٧٩ - الحصة بالعمل بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي - المرجع السابق - ص ١٨ ، ويلاحظ أنه إذا فسدت المفاوضة لتخلف أي شرط من شرائطها تنقلب إلى عنان وفي ذلك يقول عبد الله بن محمود بن مودود الموصلي في الاختيار لتعليل المختار «من كتب للفقه الحنفي حـ ٣ ص ٧٦ كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعلها عنانا .. أي أن تتحول المفاوضة عند تخلف أي شرط من شرائطها إلى عنان أي أن الشركة بعد أن كانت تتخذ شكل أو أسلوب المفاوضة تصبح في شكل أو أسلوب العنان .. وهذا يؤيد ما ذهبنا إليه من أن كلا من المفاوضة أو العنان ليست شركة مستقلة بل أسلوب عمل أو شكل للشركة .

٨٠ - ونرى - كما أشرنا في المتن - أن العبرة بالمال المقدم كحصة في الشركة وضرورة أن يتساوى مع ما قدمه الشريك الآخر وهذا ما يعنيه شرط المساواة التي يتطلبها الفقهاء من وجهة نظرنا في بدء حياة الشركة .

٨١ - يقصد بالنقدين الذهب والفضة .

٨٢ - فلا يصح أن تكون الشركة التي تتخذ شكل المفاوضة بين صبي وبالغ ولا بين حر ومملوك ما دون له في التجارة وكذلك لا يصح أن تكون بين المختلفين في الدين فلا تصبح بين مسلم وكافر ولا يخفى أن التساوى في التصرف يستلزم التساوى في الدين وإنما ما ذكر لزيادة الإيضاح وبعضهم يقول أنه نصح مع الاختلاف في الملة إلا أنها تكره كتاب الفقه على المذاهب الأربعة - الجزء الثالث قسم المعاملات أ . د . عبد الرحمن الجزيري المرجع السابق ص ٦٧ ومع أن ما ورد من جواز اختلاف أحد الشركاء في غير ملك النقدين والذهب والفضة، إلا أن ذلك حالياً أمر غير مقبول لأن الأموال تشمل غير الذهب والفضة وإن الحصص الجائز تقديمها يمكن أن تكون مع اشتراط .. المساواة المطلوبة - أما نقدية أو عينية أو عملاً حسب نوع وطبيعة الشركة - كما وأن اشتراط المساواة بين الشركاء في شركة المفاوضة وأن كانت لها ما يبررها فيما يختص بالمال أو الإبدان أو التصرف أو الربح .. إلا أنه لا نرى ما ذهب إليه البعض من ضرورة التساوى في الدين .

ولذلك نجد أبا يوسف من الأحناف ذهب إلى عدم ضرورة التساوى في الدين - أما أبو حنيفة ومحمد فقد ذهبا إلى ضرورة التساوى فيه - أي أن فقهاء الحنفية اختلفوا في اشتراط التساوى في الدين ، واختلافهم رحمة . ولعل اشتراط المساواة على النحو الذي يتطلبه الفقهاء جعل بعض الفقهاء يستبعد استمرار الوضع الخاص بشركة المفاوضة على نحو ما أشرنا إليه لأن اشتراط المساواة المطلقة هذه ابتداء وبقاء وطوال حياة الشركة، أمر لا يبقى زمناً طويلاً .. (الشركات في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ص ٦٣) .

٨٣ - وقد ورد شرط لفظ المفاوضة في عقد المفاوضة في بدائع الصنائع للكاساني الجزء السابع ص ٣٥٤٤ . إذ ورد فيه روى الحسن بن أبي حنيفة أنه لا تصبح شركة المفاوضة (إلا بلفظ المفاوضة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأن المفاوضة شرائط لا يجمعها إلا لفظ المفاوضة أو عبارة أخرى تقوم مقامها والقوام قلما يقفون على ذلك وهذه العقود في الأعم الأغلب تجرى بينهم فإن كان العاقد ممن يقدر على استيفاء شرائطها بلفظ آخر يصبح وأن لم يذكر لفظها .

٨٤ - المرجع السابق ص ٣٥٤٤

وقال صاحب البحر الزخار حـ ٤ ص ٩١ كل ما فات شرط من شرائط المفاوضة يجعل عنانا إذا يمكن تصحيحاً لنصرفها بقدر الامكان - عند الحنفية وذلك تأييداً لما هو معروف من نظرية تحول العقد .

مواش

٨٥ - وإذا كانت المفاوضة في شركات الأموال فإن محل هذه الشركة . جميع ما يكون لدى الشريك مما يصلح تقديمه كرأس مال للشركة . والمال الذي يصلح هو المال السائل دون العرض والعقار .
الحصة بالمعمل في الفقه الإسلامي - المرجع السابق ص ٨ .

ومع تقديرنا لما ذهب إليه من اشتراط من الفقهاء المساواة فيما يقدمه كل شريك وفي الأموال الخاصة التي لديه - فإننا نعتقد أن في ذلك كما أشرنا خطأ بين الحصة التي يقدمها الشريك للشركة وبين مسئولية الشريك غير المحدودة بحصته عن التزامات الشركة والتي كما نعرف مسئولية تمتد الى أمواله الخاصة فهناك فرق بين الحصة المقدمة من الشريك وبين الضمان الذي يتحملة الشريك .

مثلا لاقترب وضع الشريك في شركة المفاوضة بالشريك المتضامن (إذ أن المفاوضة تنطوي على الوكالة والكفالة) والشريك المتضامن يتحمل مسئولية عن أعمال الشركة تجاوز الحصة المقدمة الى أمواله الخاصة . وإذا كان من المقبول أن يشترط تساوى الحصص المقدمة من الشركاء فإنه من غير المعقول أن يشترط ضرورة تساوى ما قد يكون لديهم من أموال خاصة تصلح أن تقدم كرأس مال للشركة لأن هذا أمر قد لا يتوقف على إرادة الشركاء إذ قد يرث أحدهم مالا أو يوصى له بشيء أو يعثر على لقطة ..

٨٦ - فلو شرط أنه لا يتصرف واحد منهما الا بحضوره صاحبه وموافقته على ذلك وهو معنى الاستبداد لزم الشرط وتسمى شركة عنان، مواهب الجليل - ج ٥ ص ١٣٣ .

٨٧ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد ٢/٢٧١ ، وشرح الزرقاني على مختصر خليل ٦ / ٤٤ .

٨٨ - الشركات في الشريعة الإسلامية والفانون .. . عبد العزيز الخيلط - المرجع السابق - ص ٢٥ .

٨٩ - فقد ورد في كشاف القناع ج ٢ ص ٢٧٤ عن المفاوضة

وهي قسمان أحدهما أن يدخلها فيها الأكساب النادرة كوجدان لقطة أو جدان ركاز وما يحصل لها أي الشريكين من ميراث أو ما يلزم أحدهما من ضمان غصب أو أرش جنابة ونحو ذلك (فهذه شركة فامتدة) لأنه عقد لم يرد الشرع بمثله ولها فيه من كثرة الضرر ولأنه تضمن مالا يقتضيه العقد من كفالة وغيرها والقسم الثاني من قسمي المفاوضة تفويض كل منهما الى صاحبه شراء وبيعا ومضاربة وتوكيلا وابتياعا في الذمة ومسافرة بالمال وارتهانا وضمانا .. فهي صحيحة وهي الجمع بين عنان ومضاربة ووجوه وابدان لان كل واحدة تصبح منفردة فصحت مجتمعة .. وكذلك لو اشتركا في كل ما يثبت لهما أو يثبت عليهما ان لم يدخلها فيه كسبانا درا كميّرات ووجدان لقطة .

٩٠ - المغني لابن قدامة - ج ٥ ص ٢٦ .

وقد زعم صاحب المغني ان النوع الذي لا يصح من المفاوضة قال به ابو حنيفة ومالك وغيرهما وليس هذا بصحيح فإن الشركة لا تصح عند أبي حنيفة الا في النقتين واشتراط المساواة عنده في النقتين في الأموال الخاصة ورأس المال الشركة (وقد سبق لنا تبيان وجهة نظرنا بخصوص اشتراط المساواة في الأموال الخاصة) وأما مالك فإنه يشترط المساواة في التصرف لكل من الشركاء في جميع أنواع التجارات .

٩١ - فقد جاء في البحر الزخار ج ٤ ص ٩٠ .

شركة المكاسب (في مقابلة شركة الملك) أربعة مفاوضة وعنان ووجوه وابدان .

٩٢ - ولذلك نجد أقسام الشركة عند الفريق الأول من الاحناف أربعة (مفاوضة - عنان - صنائع ووجوه) ومنهم من يضيف شركة المضاربة الى هذه الأنواع - ولنا عودة للرد على من لا يعتبر المضاربة من بين أقسام الشركة أصلا بحجة (كما يذكر) أنها شركة في الربح إذ أن المضاربة تعتبر شركة وما دامت شركة فهي تحتمل

شواهد

الربح والخسارة وقد أخذ القانون السوداني بما نعتقده من أنها شركة مثل سائر الشركات إذ أن المشرع السوداني عندما نتناول أحكامها في قانون المعاملات المدنية السوداني نكرها تحت عنوان «بعض أنواع الشركات» وتناول أحكامها بعد أن عرض لكل من شركة الأعمال وشركة الوجوه ثم شركة المضاربة . راجع ما سبق ص ٢٦ .

٩٣ - راجع ما سبق ص ٣٤ .

٩٤ - راجع ما سبق ص ٣٤ .

٩٥ - ويستندون في هذا الجمع إلى صحة هذه الأنواع منفردة فليس ما يمنع من صحتها إذا اجتمعت ويصفون ذلك بقولهم : «كما لو ضم ماء طهور إلى مثله» .

٩٦ - راجع ما سبق

وقد بنى الشيعة الزيدية المفاوضة على المساواة في المال جنسا وقدرا وقيمونها على الوكالة والكفالة فيكون لكل شريك ما لصاحبه وعليه ما عليه . قال زيد رحمه الله «مالزم أحد المفاوضين لزم الآخر ويشترط خلط المالين فيها عندهم كما يشترطون ما يشترط الحنفية مجموع الفقه لابي القاسم البغدادى ١ / ١٧٧ طبعة ميلانو - والمنزوع المختار ٣ / ٣٥٤ طبعة دار العروبة ١٩٦١ .

٩٧ - كتاب الأم للشافعي رواية الربيع بن سليمان ، القاهرة ، ح ٧ / ١٢٢ وفي رواية أخرى «تفاوضوا فإنه أعظم للبركة» بدائع الصنائع ح ٦ ص ٥٨ .

٩٨ - جاء في حاشية الشلبى : «... وقال أبو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الكرخى وقد روى جواز شركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين وغيرهما ولأن المسلمين تعاملوا بمقتضى هذه الشركة من غير تكبر فكان دليلا على جوازها ...» هامش الزيلعى ح ٣ ص ٢١٤

وقد قال الزيلعى روى ابن ماجه من حديث صهيب رفعه ثلاث فيهن البركة البيع الى أجل والمفاوضة وخط البر بالشعير للبيت لا للبيع .. والنسخ مختلفة هل هى المفاوضة بالفاء والبواو أو بالقاف والراء . وقد أخرجه الحري فى غريبة العين والراء وفسره بأنه بيع عرض بعرض ..

نصب الراية ص ٢٢٦ مبنى ابن ماجه ح ٢ ص ٢٣ وحاشية السندى بذات الصفحة .

٩٩ - الشركات بين الشريعة الاسلامية والقانون - المرجع السابق والحصة بالعمل - المرجع السابق .

١٠٠ - كتاب الخلاف لابي جعفر الطوسى ٢ / ١٣٩ .

١٠١ - والغرر فيه أنه يلزم كل واحد ما لزم الآخر وقد يلزمه بشيء لا يقدر على القيام به .

١٠٢ - ولا يتم الربح عند أبى حنيفة الا بخلطها إذ لا بد من اختلاط الأصول وهى رأس المال لتتم الأرباح - الشركات فى الشريعة والقانون المرجع السابق ص ٢٧ والخلاف لابي جعفر الطوسى ٢ / ١٣٩ والمغنى لابن قدامة ٥ / ٢٦ والافتاح فى حل الفاظ أبى شجاع للثريينى ٢ / ٢٩٢ .

١٠٣ - العنان مشتق من قول القائل عن لى أى عرض لى وسميت هذه الشركة «عنانا» لأنه يقع على حسب ما يعن الشركاء فى كل التجارات وقيل من عن بمعنى حبس والعنان بحبس الدابة عن الانطلاق فكان شريك العنان حبس بعض ما له عن الشركة أو حبس شريكه عن بعض التجارات أو لاستواء الشريكين فى ولاية التصرف كما يستوى العنان فى يد راكب الدابة وورد فى المغنى لابن قدامة - جزء ٥ ص ١٤ واختلف فى علة تسميتها شركة العنان فقيل سميت بذلك لانهما (الشريكين يتماويلان) فى المال والتصرف كالقارسين إذا سويا بين قرسيهما وتساويا

مواش

في السير ، فان عنانيهما يكونان سواء .

وقال الغراء هي مشتقة من عن الشيء اذا عرض ، يقال عنت لي حاجة اذا عرضت ، قسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما (أى من الشريكين عن له أن يشارك صاحبه وصل هي مشتقة من المعانقة وهي المعارضة ، يقال عانت فلانا إذا عارضته بمثل ماله وأفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وأفعاله والمعنى لابن قدامة جزء ٥ .

١٠٤ - فيجوز أن تعقد شركة العنان بين المميزين المانويين في التجارة وذلك على خلاف شركة المفاوضة ، الحصة بالعمل - المرجع السابق ص ٢٢ .

١٠٥ - يجوز أن تكون شركة العنان في عموم التجارات أى أن يشترك الشركاء في عموم التجارات كما يجوز أن يكون عقد شركة العنان خاصا أى أن يشترك الشركاء في شيء خاص .

١٠٦ - فقد روى عن السائب بن أبي السائب أنه قال للنبي ﷺ مكنك شريكى في الجاهلية فكنت خير شريك لا تدارى ولا تمارى أخرجه أحمد وأبو داود وابن ماجه صححه الحاكم وأخرجه أحمد من وجه آخر أن النبي ﷺ قال للسائب : «مرحبا باخى وشريكى ... الحديث» نصب الراية في تخريج احاديث الهداية - للزيلعي ص ٣٢٦ سنن ابن ماجه - ٢ ص ٢٣ .

١٠٧ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الامصار لأحمد بن المرتضى جزء ٤ ص ٩٢ القاهرة ١٩٤٩ .

١٠٨ - يقول السمرقندى وخزانة الفقه أما شركة العنان فتعقد على الوكالة دون الكفالة وتصح مع التفاضل في المال ويصح أن يتساويا في الربح ويتفاضلا فيه .. وما اشتراه كل واحد منهما للشركة طوالب بثمنه دون الآخر ثم رجع على شريكه بحصته منه . وفي شرط انعقاد الشركة على الوكالة اشار إليه السرخسى في المبسوط جزء ١١ ص ١٥٣ أى أن كل واحد من الشركاء يكون وكيلًا عن صاحبه في الشراء الذى عينه ولهذا يشترط تعيين المال عند العقد أو عند الشراء لأن الوكالة بالشراء لا تصح الا بمال الموكل وكونها مبنية على الوكالة يمكن كل شريك من التصرف ويكون الحاصل من التجارة مشتركا بين الشركاء المرجع السابق وأيضا الاختيار لتعليل المختار لمجد الدين الموصلى جزء ٢ ص ١٩ .

١٠٩ - بدائع الصنائع جزء ٦ ص ٦١ .

١١٠ - فإن عقدت الشركة على أن رأس مال كل منهما مبلغ معين وكانت الأموال حاضرة ولكن التصرف بالشراء لم يبدأ بعد فهلك أحد المالكين ، هلك على صاحبه فإن تصرف أحد الشريكين بالأموال ترتب الأثر حينئذ فإذا هلك أى جزء من المال هلك على حساب الشركاء جميعا .

١١١ - راجع ما سبق ص ٨ .

١١٢ - محاضراتنا الشركات في الفقه الإسلامى والتشريع الوضعى لطلاب ماجستير الفقه المقارن - بجامعة أم درمان الإسلامية - المرجع السابق .

١١٣ - راجع ما سبق ص ٣٧ .

١١٤ - يقول المزنى : «والشركة الصحيحة أن يخرج كل واحد منهما دنائير مثل دنائير صاحبه ويخلطهما فيكونان فيهما شريكين فان اشترى فلا يجوز أن يبيعه أحدهما دون صاحبه فان جعل كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر في ذلك كله بما قام من أنواع التجارة قام في ذلك مقام صاحبه فما ربحا أو خسرا فلهما وعليهما نصفان .

مباحث

- بها مش الام ح ٢ ص ٢٣٠ .
- ١١٥ - يقوم ابن حزم المحلى ح ٨ ص ١٢٤ .
« ولا تجوز الشركة الا في اعيان الأموال فتجوز في التجارة بان يخرج أحدهما مالا والآخر مثله من نوعه أو أقل منه أو أكثر منه فيخلط المالين . »
- ١١٦ - جاء في البحر الزخار ح ٤ ص ٩٢ « وهي مشروعة اجماعا وقول مالك لا اعرف العنان اراد اشتقاق اللقب ومن صحت وكالته صحت شركته عنانا ... »
- ١١٧ - جاء في مفتاح الكرامة ح ٧ ص ٣٩٢ شركة العنان وهي شركة أموال شركة جائزة باجماع العلماء في جميع الامصار .
- ١١٨ - الشركات في الفقه الاسلامي للشيخ علي الخفيف ص ٣٣ - ٣٥ وأيضا الشركات في الفقه الاسلامي أ . د . عبد العزيز الخياط - المرجع السابق ص ٢٢ .
- ١١٩ - المغنى لابن قدامة ، المرجع السابق ، ص ١٨ .
- ١٢٠ - يقول الدردير : « الشرح الكبير بها مش النسوقى ح ٣ ص ٣١٤
وان شرطاً نفى الاستبداد فعنان أى فهمى شركة عنان أى تسمى بذلك .. ولذا لو تصرف أحد منهما بدون إذن الآخر كان له رده ،
وفي مواهب الجليل
واختلف في الاشتقاق مما أثار اختلافا كثيرا قال ابن القاسم وأما شركة عنان فلا نعرفه من قول مالك ولا رايت أحدا من أهل الحجاز يعرفه ، قيل أنه لم يعرف استعمال هذا اللفظ ببلدهم قلت وقد علق ابن القاسم الحكم على شركة العنان في غير موضع من المدونة ولكنه لم يفسرها .
- ١٢١ - الشركات في الفقه الاسلامي - أ . د . عبد العزيز الخياط - المرجع السابق ص ٢٢ .
- ١٢٢ - راجع ما سبق ص ٣٨ و ٣٩ .
- ١٢٣ - المغنى لابن قدامة - ح ٥ ص ١٨ .
- ١٢٤ - ذكره ابن المنذر وانما اختلف في بعض شروطها واختلف في علة تسميتها شركة العنان ، فقيل سميت بذلك لأنها يتساويان في المال والتصرف كالفارسين إذا سويا بين فرسيهما وتساويا في السير فان عنانيهما يكونان سواء .
- وقال الفراء : هي مشتقة من عن الشيء أى عرض يقال عنت لى حاجة اذا عرضت فسميت الشركة بذلك لأن كل واحد منهما عن له ان يشارك صاحبه وقيل هي مشتقة من المعاننة ، وهي المعارضة يقال عانت فلانا إذا عارضته بمثل ماله وفعاله فكل واحد من الشريكين معارض لصاحبه بماله وفعاله وهذا يرجع الى قول الفراء .
- ١٢٥ - نص عليه أحمد في روايه أبى طالب وحكاه عنه ابن المنذر وكره ذلك ابن سيرين ويحيى بن أبى كثير والثورى والشافعى وإسحاق وأبو ثور واصحاب الرأى لأن الشركة أما أن تقع على أعيان العروض أو قيمتها أو ائمانها لا يجوز وقوعها على أعيانها لأن الشركة تقتضى الرجوع عند المفاصلة برأس المال أو بمثله وهذه لامثل لها فيرجع إليه وقد تزيد قيمة جنس أحدهما دون الآخر فيستوعب بذلك جميع الربح أو جميع المال وقد تنقص قيمته فيؤدى إلى أن يشاركه الآخر في ثمن ملكه الذى ليس بربح ولا على قيمتها لأن القيمة غير محققة

شواهد

القدر فيقضى الى التنازع وقد يقوم الشيء بأكثر من قيمته ولأن القيمة قد تزيد في أحدهما قبل بيعه فيشاركه الآخر في العين المملوكة له ولا يجوز وقوعها على أثمانها لأنها معدومة حال العقد ولا يملكها ولأنه ان اراد اثنان الذي اشتراها به فقد خرج عن مكانه وصار للبائع - المغنى لابن قدامة - الجزء الخامس - المرجع السابق ص ١٢ .

١٢٦ - راجع ما سبق ص ٢٩ ، ٤٠ .

١٢٧ - الشركات في الفقه الاسلامي أ . د . عبد العزيز الخياط ص ٣٢ .

١٢٨ - راجع ما سبق ص ٧ ، ٨ .

١٢٩ - خلط الأموال المقدمة من الشركاء له أثر خاص عند الحنفية إذ يرتبون عليه ضمان هلاك جزء من المال في جميع رأس المال اذا كان الهلاك قد وقع قبل الشراء أى قبل بدء نشاط الشركة - الحصة بالعمل - المرجع السابق ص ٢٣ .

١٣٠ - المغنى لابن قدامة جزء ٥ ص ١٦ .

وكشاف القناع جزء ٢ ص ٢٥٤ والشركات في الفقه الاسلامي ، أ . د . عبد العزيز الخياط ص ٣٣ .

١٣١ - راجع ما سبق ص ٧ ، ٨ .

١٣٢ - ويعتبر الاتفاق على تخصيص احد الشركاء في شركة العنان أو بعضهم للقيام باعمال الادارة في الواقع استعمالاً لهذا الحق المخول للشركاء إذ أن الشركاء الذين لا يقومون بالادارة (في حالة الاتفاق على التخصيص) يكونون قد فوضوا غيرهم بها فكأنهم يديرون الشركة بالتفويض .

١٣٣ - وهذا بخلاف شركة المفاوضة إذ يجب المساواة في توزيع الربح بين الشركاء .

١٣٤ - الحصة بالعمل - المرجع السابق ص ٢٣ .

١٣٥ - لاختلاف قدرات الناس من حيث العمل ودرجة الجودة .

إرادة الشعب

إن إرادة الشعب الحازمة هي التي تقرر القانون الاساسي ، وليست إرادة أية مصلحة من مصالح الحكومة أو كلها مجتمعة .

ابراهيم لنكولن

على هامش قانون السلطة القضائية

للسيد الاستاذ/ حسين محمد اليسوي - المحامي

أدركوا هذه الحقيقة مبكرًا ، إلا أنهم لم يحركوا ساكنًا ، اللهم إلا صرخة هنا أو رجاء هناك ، وقد كان حريًا بهم أن يقتحموا كل السبل ويطلقوا كل الوسائل التي تعيد للمحاماة مجدها وشموخها وتكفل للمحامين جلال الأنبياء .

ولما كنت على يقين بأن أهم هذه السبل هو السعي إلى تنقية تشريعات المحاماة مما يشوبها أو ينتقص من قدرها أو يعوق حرية المحامين ، فقد بادرت بتقديم مشروع قانون بتعديل قانون المحاماة ، للمؤتمر الأول للمحامين الشبان الذي عقد سنة ١٩٨٧ ، وقد شرفني المحامون المشاركون فيه إذ اعتنقوا بعض أفكاره وتبنوها وأدرجوها بتوصيات المؤتمر ، وقد دفعني ذلك إلى موالاة البحث حتى قدمت لزملائي المحامين بالبحيرة نظرات في تعديل قانون الإجراءات الجنائية ، وأحمد الله أنهم تقبلوه قبولاً حسناً

ووعد المحامين بأعظم درجات الثواب في الآخرة ، ولا غرو أيضًا أن يجمع المؤرخون والزملاء والمفكرون والفلاسفة والكتاب - على اختلاف أزمانهم وأجناسهم ومشاربهم - على خلع سمات الشرف والمجد والعظمة والشموخ على المحاماة والمحامين .

وما كنت بحاجة إلى سرد هذه البديهيّات ، لولا ما انتابني من غضب وما أصابني من ألم منذ عكفت على دراسة تشريعات المحاماة^(١) في مصر فوجدتها قد تجاهلت حقوق المحامين ومنزلتهم وجردت المحاماة من أمجادها وجلالها ، بل إن لسان حالها يؤكد أن السلطات المتعاقبة التي أصدرتها كانت ترغب النيل من المحاماة والمحامين جزاء جهادهم لنصرة الحرية وتضحياتهم من أجل الشرعية ودورهم في الدفاع عن حقوق الوطن والمواطن !!

وبرغم أن المحامين قد

« إن المحامين قوم ثوريون ، وما دام سيفي بيمينى فلن أضع امضائي على أى دكريتو يعيد اليهم نقابتهم ، وأود لو استطيع قطع لسان كل محام يستعمله فى الطعن على الحكومة » .

نابليون الأول

رسالة المجد والشموخ

لم تكن « المحاماة » على مر العصور مهنة قط ، بل رسالة الدفاع عن الحقوق والذود عن الحريات ، ضرب من خلالها المحامون أروع صور الفروسية والفضيلة ، فأوقدوا شعلة الثورة على الظلم والاستبداد ، ووضعوا مبادئ فلسفة النجدة والنخوة ، وقننوا آداب السلوك المهني خلقًا عظيمًا .

لذلك لم تكن مصادفة أن تلتقى الشرائع السماوية كلها على وصف المحاماة بأنها رسالة الفضيلة ومنبع القيم ،

وكان ثناؤهم عليه دافعاً لأسير على ذات النهج الذى رسمته لنفسى فأعكف على بحث المواد الخاصة بالمحاماة والواجبة التعديل فى قانون السلطة القضائية وأقدمها إليك - أستاذى وزميلي العزيز - راجياً أن تحوز قبولك ، فتنادى معى بتعديل ذلك القانون أيضاً بما يحقق آمال المحامين ويعيد للمجتهدين مجدها وشموخها .

والله الموفق ..

○○○○

الفصل الأول

مدى دستورية

قرار رئيس الجمهورية
بالقانون رقم ٤٦ لسنة
١٩٧٢ بشأن السلطة
القضائية

صدر قرار رئيس
الجمهورية بالقانون رقم ٤٦
لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة
القضائية الحالى استناداً لسلطة
التشريع التى منحها الدستور
استثناءً لرئيس الجمهورية
ليمارسها أثناء غيبة مجلس
الشعب فى الحالات التى
توجب الإسراع فى اتخاذ
تدابير لا تحتمل التأخير ،

ورغم أن مبادئ ومسلمات
الفقه الدستورى لا تجيز تنظيم
أى من السلطتين التشريعية
والقضائية بأداة تشريعية أدنى
من القانون فإن العمل قد جرى
على إصدار معظم التشريعات
المنظمة للسلطة القضائية فى
مصر بقرارات بقوانين (٢) .

وإذا كان يبين من الأعمال
التحضيرية للقرار بقانون ٤٦
لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة
القضائية أن الأسباب التى
استندت إليها الحكومة فى
التعجيل بإصداره أثناء غيبة
مجلس الشعب تتمثل فيما
أوردته مذكرته الإيضاحية من
أن القانون رقم ٤٣ لسنة
١٩٦٥ فى شأن السلطة
القضائية قد صدر « منذ نحو
سبع سنوات كشفت التجربة
خلالها عن حاجة النظام
القضائى إلى كثير من وجوه
التطوير والإصلاح ، كما
صدرت خلال هذه الفترة
بعض التشريعات الهامة
المتصلة بالتنظيم القضائى فى
البلاد ومن أهمها القانون رقم
٨١ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء
المحكمة العليا والقانون رقم
٨٢ لسنة ١٩٦٩ بإنشاء
المجلس الأعلى للهيئات
القضائية ، ثم صدر الدستور
الدائم لجمهورية مصر العربية

فى الحادى عشر من سبتمبر
١٩٧١ مختصاً السلطة
القضائية بالكثير من الأحكام ،
وقد اقتضى ذلك جميعه إعادة
النظر فى القانون الراهن
تنسيقاً لشتى الأحكام المنظمة
للقضاء فى ضوء مبادئ
الدستور الجديد ، وتداركاً
لأوجه القصور التى أسفر
عنها التطبيق العملى لهذا
القانون وتوفيراً للمزيد من
الضمانات والحوافز لرجال
القضاء وتأميناً لحاضرهم
ومستقبلهم وسعيًا بالنظام
القضائى نحو الكمال ، وتحقيقاً
لذلك جميعه أعد مشروع
القانون المرافق فى شأن
السلطة القضائية ليحل محل
القانون القائم » ، كما أن تقرير
اللجنة التشريعية بمجلس
الشعب عن ذات القرار بقانون
السلطة القضائية قد تضمن أنه
« فى ضوء المبادئ التى
أرساها الدستور الجديد والتى
من بينها أن استقلال القضاء
وحصانته ضمانتان أساسيتان
لحماية الحقوق والحريات كان
من المتعين إعادة النظر فى
قانون السلطة القضائية لتوفير
المزيد من الضمانات التى
تكفل للقاضى اطمئنانه
واستقلاله ، وترسي قواعد
العدالة على أسس وطييدة

ثابتة ، وقد كان ذلك مطلباً ملحاً لا يحتمل التأخير ، خصوصاً وأن السنة القضائية تبدأ في أول أكتوبر وأن الحكومة كانت قد أعلنت قبلها عن تقرير بدل قضاء لرجال القضاء ، وأن استقلال القضاء كان يقتضى أن يتقرر هذا البديل في قانون السلطة القضائية ذاته ، ومن ثم فقد صدر بذلك القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ المشار إليه ، والذي رأت اللجنة أن الحكمة التي قصدها المادة ١٤٧ من الدستور قد توفرت في إصداره ، وعند عرض القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ على مجلس الشعب للنظر في إقراره اكتفت الحكومة بما ورد بالمتكرة الإيضاحية للقرار بقانون ولم تشمل المناقشات ماهية حالة الضرورة التي حتمت إصدار القرار بقانون أثناء غيبة مجلس الشعب !!

لما كان ذلك ، وكانت الأسباب سالفة الذكر وحاصلها مجرد الرغبة في تعديل قانون السلطة القضائية بعد أن استجدت تغيرات أوجبت تطوير وإصلاح النظام القضائي ، وإن جاز أن تدرج في مجال البواعث والأهداف

التي تدعو سلطة التشريع صاحبة الإختصاص الأصيل إلى سن قواعد قانونية جديدة أو تعديل التشريعات القائمة ، تلافياً لأوجه القصور وتحقيقاً لدعوى التطوير إلا أنه لا تتحقق بها الضوابط التي أوردتها المادة ١٤٧ من الدستور في فقرتها الأولى ، ذلك أن تلك الأسباب تفيد إنه لم يطرأ - أثناء غيبة مجلس الشعب - حدث معين يمكن أن تتوافر معه تلك الحالة التي تحل بها رخصة التشريع الاستثنائية التي خولها الدستور لرئيس الجمهورية بمقتضى المادة ١٤٧ المشار إليها ، ومن ثم فإن القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية إذ صدر استناداً لهذه المادة وعلى خلاف الضوابط المقررة بها يكون مشوباً بمخالفة الدستور .

جدير بالذكر أن إقرار مجلس الشعب للقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ لا يترتب عليه سوى مجرد استمرار نفاذه بوصفه الذي نشأ عليه كقرار بقانون دون تطهيره من العوار الدستوري الذي لازم صدوره ، كما أنه ليس من شأن هذا الإقرار في ذاته أن يضمن على القرار بقانون

صفة عمل تشريعي جديد يدخله في زمرة القوانين التي ينبغي أن يتبع في كيفية اقتراحها والموافقة عليها وإصدارها القواعد والإجراءات التي حددها الدستور في هذا الصدد وإلا ترتب على مخالفتها عدم دستورية القانون .

وانطلاقاً من هذا المعنى وحرصاً على ما لقضائنا من قدسية وإجلال فإنني أهيب برجال القانون - كل في موقعه - أن يبذلوا كل جهودهم لإستبدال القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية بعمل تشريعي يصدره مجلس الشعب تلافياً لما شابه من عوار دستوري قبل أن يعرض على المحكمة الدستورية العليا فتقضى بعدم دستوريته ويكون لذلك أثره في زعزعة الثقة في القضاء .

الفصل الثاني

مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية
بأسم الشعب
رئيس الجمهورية
قرر مجلس الشعب القانون

التالى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

تلغى المادة الخامسة^(٢) من قانون إصدار قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية ..

المادة الثانية

تستبدل بنصوص الفقرة (هـ) من المادة ٣٩ ، وبالفقرات (جـ) من البنود : ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة ٤١ ، وبالفقرة (جـ) من المادة ٤٣ ، وبالفقرة الثانية من المادة ٦١ ، وبالفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ ، وبالمادتين ١٣١ ، ١٣٢ من قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية النصوص التالية :

مادة ٣٩ - فقرة

(هـ)^(٤) : المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف سنتين متواليتين بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائى مدة تسع سنوات .

مادة ٤١ - البند ثانياً

(جـ)^(٥) : المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة عشر سنوات متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائى مدة سبع عشرة سنة .

البند ثالثاً (جـ) : المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف ثلاث عشر سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائى مدة عشرين سنة .

البند رابعاً (جـ) : المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض .

مادة ٤٣ - الفقرة (جـ)^(٦) : أن يكون من المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض لمدة ثلاث سنوات متوالية .

مادة ٦١ - الفقرة الثانية^(٧) : وفى حالة غياب أحد القضاة أو وجود مانع لديه يندب رئيس المحكمة من يحل محله من القضاة أو المحامين

المقبولين للمرافعة أمام محكمة الاستئناف ، على أن يقتصر المحامى المنتدب على إصدار قرارات تأجيل كافة الدعاوى دون إصدار أحكام .

مادة ١٠٦ - الفقرة الثالثة^(٨) : ويحضر القاضى بشخصه أمام المجلس وله أن يقدم دفاعه كتابة أو أن ينيب فى الدفاع عنه أحد المحامين .

مادة ١٣١^(٩) : يشارك القضاة فى أعمالهم المحامون ، ويعاونهما الخبراء والمترجمون وأمناء السر والكتاب والمحضرون .

مادة ١٣٢^(١٠) : للمحامين - دون غيرهم - حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم وسائر جهات التحقيق .

المادة الثالثة

ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره ..

يبصم هذا القانون بخاتم الجمهورية وينفذ كقانون من

قوانينها ..

صدر برئاسة الجمهورية
في أبريل ١٩٨٨ ..

رئيس الجمهورية

الفصل الثالث

المذكرة الايضاحية لمشروع
قانون بتعديل بعض أحكام
القرار بقانون ٤٦ لسنة
١٩٧٢ بشأن السلطة
القضائية

صدر القرار بقانون رقم
٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة
القضائية الحالي أثناء عطلة
مجلس الشعب صاحب
الاختصاص الأصلي في
التشريع ، ومن ثم فقد حال
ذلك دون ابداء نواب الشعب
لآرائهم وطرح أفكارهم قبل
العمل به ، وأيضاً فإن مناقشة
ذلك القرار بقانون لدى عرضه
على المجلس للنظر في إقراره
لم تستغرق وقتاً كافياً طبقاً لما
قررت به اللائحة الداخلية
للمجلس والتي لا تبيح سوى
إقرار القرار بقانون في
مجموعه أو رفضه !

ورغم توالي التشريعات
المعدلة لأحكامه إلا أن التجربة
العملية كشفت عن قصوره
فيما يتعلق بمعالجة الأمور

الخاصة بالمحاماة والمحامين ،
بالإضافة الى أن قانون
المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٧٢
قد انطوى على أحكام عديدة
لها صلة وثيقة بالقرار بقانون
السلطة القضائية الحالي .

وقد اقتضى ذلك إعادة
النظر في القرار بالقانون
الحالي وفيما يلي أهم
ما تضمنه المشروع المرافق
من إضافات وتعديلات :

أولاً : إلغاء استثناء تعيين
غير الحاصلين على إجازة
الحقوق في وظائف أعضاء
النيابة :

نظمت قوانين السلطة
القضائية المتعاقبة قواعد تعيين
أعضاء النيابة العامة والقضاء
حتى استقرت على ضرورة
توافر عدة شروط فيمن يعين
في تلك الوظائف أهمها أن
يكون حاصلاً على إجازة
الحقوق من إحدى كليات
الحقوق بالجمهورية أو على
شهادة أجنبية معادلة لها وأن
ينجح في الحالة الأخيرة في
امتحان معادلة ..

وإذا كان القرار بقانون
السلطة القضائية الحالي
- والقانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥
في شأن السلطة القضائية

السابق - قد استثنى الباحثين
الحاصلين على إجازة القضاء
الشرعي أو الشهادة العالية أو
العالمية من الأزهر
الموجودين بالخدمة في نيابات
الأحوال الشخصية أو
الإدارات التابعة للديوان العام
بوزارة العدل أو بالمحاكم حتى
١٩٦٥/٧/٢٣ من شرط
الحصول على إجازة الحقوق
لشغل بعض وظائف النيابة
العامة ، فقد رُوي أن اشتراط
القرار بقانون أن يكون الباحث
غير الحاصل على إجازة
الحقوق موجوداً بالخدمة في
بعض الأجهزة التابعة لوزارة
العدل حتى تاريخ معين يعتبر
تحكماً دون مقتضى من شأنه
أن يخلق تمييزاً بين الحاصلين
على الشهادات المشار إليها ،
بحرمانه مجموعات كبيرة
منهم من التمتع
بالإستثناء^(١١) .

ولأن القاعدة القانونية التي
قررت ذلك الإستثناء قد حققت
أهدافها حتى استنفدت أو
كادت^(١٢) بالإضافة إلى أن
القضاء والنيابة العامة الآن
ليسا بحاجة إلى خبرات
قضائية تقل عن إجازة
الحقوق .

وللحيلولة دون أن يعتلى

مقعد النيابة أو يلي القضاء من تطبع من هؤلاء الموظفين بأخلاق الكتبة واعتاد أفعالهم فيكون لذلك أسوأ الأثر على القضاء ، فقد ارتأى المشروع المرافق إلغاء المادة الخامسة من قانون اصدار القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية .

ثانيا : تصحيح المعيار المتخذ لتحديد أقدمية المحامين لدى تعيينهم في وظائف القضاء والنيابة :

حرص المشرع على تعويض الهيئة القضائية عن أعضائها الأكفاء الذين ينسلخون منها سنوياً للوفاة أو التقاعد أو الإستقالة ، فنص في قوانين السلطة القضائية في الفترة الأخيرة على وجوب تعيين نسبة من المحامين في وظائف النيابة العامة والقضاء سنوياً ، مستعينا في تحديد أقدمية المحامي لشغل الوظيفة بدرجة قيده ومدة مزاولته للمحاماة .

وإذا كان قانون المحاماة السابق رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨ - ومن قبله القرار بقانون رقم ٩٦ لسنة ٥٧ بالمحاماة أمام المحاكم - قد أوجب أن تمضي على مزاولة المحامي

للمحاماة أمام محاكم الإستئناف مدة قدرها سبع سنوات حتى يتم قبوله للمرافعة أمام محكمة النقض ، وأن تمضي على مزاولة المحامي للمحاماة أمام المحاكم الابتدائية مدة قدرها ثلاث سنوات حتى يتم قبوله للمرافعة أمام محاكم الإستئناف وأن تمضي على المحامي مدة قدرها سنتين تحت التمرين بمكتب أحد المحامين حتى يتم قبوله للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية ، فصدر القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية متضمنا وجوب تعيين نسبة من المحامين في وظائف النيابة والقضاء مستعينا في تحديد أقدمية المحامي لشغل الوظيفة بدرجة قيده ومدة مزاولته للمحاماة ، فاشتراط فيمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض من المحامين أن يكون قد اشتغل أمام محكمة النقض مدة ثمانى سنوات متوالية ، واشتراط فيمن يعين مستشاراً بمحاكم الإستئناف من المحامين أن يكون قد اشتغل بالمحاماة أمام محكمة النقض مدة خمس سنوات متوالية .

واشتراط فيمن يعين رئيساً فئة (أ) بالمحاكم الابتدائية من المحامين أن يكون قد

اشتغل أمام محاكم الإستئناف خمس عشرة سنة متوالية وأن يكون قد مارس المحاماة فعلاً أو الأعمال النظيرة لها مدة عشرين عاماً ، واشتراط فيمن يعين رئيساً فئة (ب) بالمحاكم الابتدائية من المحامين أن يكون قد اشتغل أمام محاكم الإستئناف مدة اثنتى عشرة سنة متوالية وأن يكون قد مارس المحاماة فعلاً أو الأعمال النظيرة لها مدة سبع عشرة سنة ، كما اشتراط القرار بقانون فيمن يعين قاضياً بالمحاكم الابتدائية من المحامين أن يكون قد اشتغل أمام محاكم الإستئناف أربع سنوات متوالية وأن يكون قد مارس المحاماة فعلاً أو الأعمال النظيرة لها مدة تسع سنوات .

ثم صدر القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ بشأن اصدار قانون المحاماة الذى انطوى على إطالة المدد الواجب ممارسة المحاماة خلالها للتقيد أمام محكمة النقض ومحاكم الإستئناف أو المحاكم الابتدائية فترتب على ذلك الإضرار بأقدميات المحامين لدى تعيينهم في وظائف النيابة والقضاء ، الأمر الذى يعتبر إخلالاً بمبدأ تكافؤ الفرص

والمساواة بين المحامين وزملائهم في التخرج الذين عينوا في القضاء أو النيابة

واستتبع ذلك تصحيح المعيار المتخذ لتحديد أقدمية المحامين لدى تعيينهم في وظائف القضاء فتقرر إعادة النظر في أحكام الفقرة (ج) من المادة ٣٩ ، والفقرات (ج) من البنود ثانياً وثالثاً ورابعاً من المادة ٤١ ، والفقرة (ج) من المادة ٤٣ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالي وتعديلهم بما يكفل المساواة بين المحامين وزملائهم في التخرج الذين عينوا رأساً في وظائف القضاء والنيابة وذلك بإنقاص المدد الواجب اشتغالها بالمحاماة أمام محاكم الاستئناف للتعين في وظيفة قاضي أو رئيس محكمة مدة سنتين ، وكذا بإنقاص المدد الواجب اشتغالها بالمحاماة أمام محكمة النقض للتعين في وظيفة مستشار مدة ثلاثة سنوات (١٣).

ثالثاً : تقرير نيابة المحامي عن القاضي في إدارة الجلسة لتأجيل الدعاوى المنظورة :

وتطبيقاً لما أورده قانون المحاماة الحالي من أن

« المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة » ، وتخفيفاً عن الأعباء الجسماء الملقاة على كاهل القضاة ، فقد ارتأى المشروع المرافق مبدأً فريداً مفاده إجازة انتداب رئيس المحكمة لأحد المحامين - في حالة غياب أحد القضاة وتعذر وجود غيره من القضاة - ليحل محله في إدارة جلسة المحكمة .

وقد قرر المشروع لذلك عدة ضوابط أهمها أن يصدر رئيس المحكمة قراراً بانتداب المحامي ، وألا تقل درجة قيد المحامي المنتدب عن القبول للمرافعة أمام محاكم الاستئناف ، وأن يقتصر - في إدارته للجلسة - على إصدار قرارات تأجيل الدعاوى فحسب دون إصدار الأحكام (١٥).

ومن شأن هذا النص أن يجعل القاضي المتغيب بمنأى عن سوء ظن المتقاضين ، فلا تساور أحدهم الظنون أن القاضي يهمل أعماله ، الأمر الذي يرفع الحرج عنه ويضفي مزيداً من الجلال والهيبة لمنصب القضاء .

وكذلك فمن شأن هذا النص أن يقطع علاقة السببية بين

عدم التزام القاضي بمواعيد الجلسات أو غيابه عنها دون إخطار مسبق ، وبين انتظار المحامي له فترة قد تطول فيتعذر حضوره شخصياً في غير محكمة في اليوم الواحد ، وبالتالي فلا ينقم المحامي على القاضي سلوكاً أو ينحى باللائمة عليه ، الأمر الذي يدعم أواصر الود والإحترام بين القاضي والمحامي بما ينعكس أثره على العمل القضائي كله ..

وأخيراً فمن شأن هذا النص أيضاً رفع المشقة عن المتقاضين ، إذ لا جدوى من انتظارهم ساعات طويلة للحضور شخصياً في دعاوهم التي ستؤجل حتماً تأجيلاً إدارياً - إذا ما انعقدت جلسة برئاسة قاضٍ منتدب أرهقه جهد يوم كامل ، فإذا ما عقدت الجلسة مبكراً فإن ذلك يضاعف من ثقة المتقاضين وهيئتهم للقضاء (١٦).

رابعاً : قصر الحضور والمرافعة عن الخصوم لدى المحاكم وسائر جهات التحقيق على المحامين دون غيرهم مطلقاً :

أجاز القرار بقانون السلطة القضائية الحالي للمحكمة أن

تأذن للمتقاضين في أن ينيبوا عنهم في المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصاً من ذوى قرباهم إلى الدرجة الثالثة .

وإذا كان توالى التشريعات الجنائية والمدنية والإدارية قد أضاف إلى القوانين مئات من الجرائم وعديداً من الأحكام والضوابط عجز عن ملاحقتها رجال القانون غير المتخصصين في أحد فروع القانون ، ناهيك عن غير القانونيين !! ، بالإضافة إلى أن الإحصاءات^(١٧) قد أثبتت أن معظم المتقاضيين الذين أنابوا عنهم وكلاء من غير المحامين في الحضور والمرافعة أمام المحكمة قد خسروا دعاوَاهم لأسباب تخلص في ضعف خبرة الوكيل بالإجراءات القانونية الواجبة أو عدم اكتمال درايتِهِ القانونية أو قصوره عن متابعة التشريعات الحديثة .

وقد اقتضى ذلك النظر في أحكام المادة ١٣٢ من القانون الحالي وتعديلها بما يكفل للمتقاضين وكلاء على درجة عالية من الكفاءة القانونية نوحى بالثقة للموكل وتجعل المتقاضين متعادلين - قدر

الإمكان - في خبرات وكفاءة وكلائهم ، فيكون الفوز للحق وحده^(١٨) .

ولأن الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالي قد أجاز للقاضي الذي يحال إلى مجلس التأديب أن ينيب عنه أحد رجال القضاء في الدفاع عنه !! وتلافياً للتعارض الذي أوجدته هذه المادة مع أحكام قانون المحاماة الذي يقصر أعمال المحاماة على المحامين وحدهم وكذا المادة ١٣٢ من القرار بقانون السلطة القضائية الذي يقصر الحضور والدفاع عن الخصوم أمام المحاكم على المحامين وحدهم مع استثناء

الأقارب حتى الدرجة الثالثة ورفعاً للحرص الذي يسببه حضور القاضي كمُدافع أمام زميله القاضي عضو مجلس التأديب فقد ارتأى المشروع المرافق تعديل الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ من القرار

بقانون السلطة القضائية الحالي بما يكفل انسحاب أحكام المادة ١٣٢ من ذات القانون « بعد تعديلها طبقاً للمشروع المرافق ، التي اختصت المحامين - دون غيرهم - بالمرافعة والمدافعة عن

الخصوم لدى المحاكم وسائر جهات التحقيق دون أي استثناء^(١٩) .

خامساً : كفالة المركز الأدبي اللائق بالمحامى فى القانون :

تواترت كتابات المؤرخين على أن المحامين على مر العصور هم الذين حملوا على عاتقهم راية الحرية والدفاع عن كرامة الشعوب وحقوقها فنالوا تكريم كل المنصفين ، فرؤى عن المصطفى ﷺ أنه قال : « من سار مع مظلوم ليثبت له حقه ، ثبت الله قدميه في الجنة » على الصراط المستقيم يوم تزل الأقدام ، ورؤى عن الأستاذ العلامة جان ده لابروبير أنه قال : « أجروا على القول أن المحامى فى أدائه لرسالته يشبه أولئك الرجال الذين كانوا أول من بشرُوا بالأديان السماوية » ، ورؤى أن الفيلسوف الفرنسى فولتير قال : « كنت أتمنى أن أكون محامياً ، لأن المحاماة أجل مهنة فى العالم » .

ولمحو آثار الصياغة الركيكة للمادة ١٣١ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالي

التي ساوت بين المحامين والمحضرين كأعوان للقضاء ، واعلاء للحقيقة التي قررها قانون المحاماة بالنص على أن المحاماة مهنة حرة تشارك السلطة القضائية في تحقيق العدالة ، فقد اقتضى ذلك النظر في المادة ١٣١ من القرار بقانون السلطة القضائية الحالي وتعديلها بما يكفل للمحامى المركز الأدبى اللائق به قانونا .

الملاحق

أولاً

مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنصوص المواد ٢٩ ، ٤٩ ، ٥٠ ، ٥٤ ، ٦٧ ، ٦٨ ، ١٢١ ، ١٢٢ ، ١٢٨ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ نصوص المواد التالية :

مادة ٢٩ : تمنح النقابة الفرعية للمحامى تحت التمرين مكافأة قدرها خمسين جنيها شهريا لمدة سنتين إذا وازب على التمرين بكفاية واجتهاد .

وتحصل النقابة تلك المكافأة شهريا من المحامين وفقاً للفتات التالية :

٥٠ جنيها من المحامى المقبول للمرافعة أمام محكمة النقض .

٤٠ جنيها من المحامى المقبول للمرافعة أمام محاكم الاستئناف .

٣٠ جنيها من المحامى المقبول للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية بعد مضي خمس سنوات من قبوله أمامها .

مادة ٤٩ : إستثناء من الأحكام الخاصة بنظام الجلسات والجرائم التى تقع فيها والمنصوص عليها بقانون المرافعات والإجراءات الجنائية إذا وقع من المحامى أثناء وجوده بالمحكمة إخلال بنظام الجلسة أو أى أمر يستدعى محاسبته نقابياً أو جنائياً ، يأمر رئيس الجلسة بتحرير مذكرة بما حدث ويرفعها إلى النائب العام ويخطر النقابة الفرعية

المختصة بذلك .

وفى هذه الحالة لا يجوز القبض على المحامى أو حبسه احتياطياً ، ولا يجوز أن يشترك فى نظر الدعوى التأديبية أو الجنائية المرفوعة على المحامى أحد من أعضاء الهيئة التى وقع الاعتداء عليها .

مادة ٥٠ : تسرى على المحامى بشأن اتهامه والقبض عليه والتحقيق معه وحبسه احتياطياً ورفع الدعوى الجنائية عليه ومحاكمته وتنفيذ العقوبة المقيدة لحريته - ولو كانت الجريمة غير متعلقة بأعمال مهنته - كافة الأحكام التى تسرى على القاضى فى مثل هذه الحالات والمنصوص عليها بقانون السلطة القضائية .

مادة ٥٤ : يعاقب كل من تعدى على محام أو أهانه بالإشارة أو القول أو التهديد أثناء قيامه بأعمال مهنته أو بسببها بالعقوبة المقررة لمن يرتكب هذه الجريمة ضد أحد أعضاء هيئة المحكمة ، وتتبع الأحكام المقررة للجرائم التى تقع بالجلسات فى هذه الحالات .

مادة ٦٧ : لا يجوز

للمحامى أن يتخذ مكتباً
للمحاماة إلا بعد استئذان رئيس
النقابة الفرعية التابع لها .

مادة ٦٨ : يحظر على
المحامى أن يقبل الوكالة أو
يتراجع فى شكوى أو دعوى
ضد زميله فى دائرة النقابة
الفرعية المقيد بها .

وفى ماعدا ذلك لا يجوز
قبول الوكالة أو المرافعة ضد
محام قبل استئذان رئيس النيابة
الفرعية التى يتبعها .

ولا يجوز مطلقاً لمحام آخر
أن ينوب عن المحامى المأذون
له بالمرافعة .

ويترتب حتماً على مخالفة
أحكام هذه المادة امتناع
المحكمة عن قبول حضور
المحامى أو قبول تقديم أى
دفاع أو أوراق منه .

مادة ١٢١ : تعمل النقابة
على تحقيق الأهداف التالية :

(أ) تنظيم مهنة المحاماة
والارتقاء بها والمحافظة على
تقاليدها .

(ب) العناية بكافة مصالح
أعضائها وتزكية روح التعاون
بينهم وضمان استقلالهم فى
أداء رسالتهم .

(ج) النهوض بالمستوى
العلمى لأعضائها .

(د) كفالة العدالة لكل
المواطنين ونشر الوعى
القانونى بينهم .

(هـ) توحيد النظم القضائية
العربية وتشريعاتها وفقاً
لمبادئ الشريعة الإسلامية .
(و) تأكيد رسالة القانون فى
الدفاع عن الحرية والسلام
وحقوق الإنسان .

مادة ١٢٢ : للنقابة فى
سبيل تحقيق أهدافها المبينة
بالمادة السابقة :

(أ) التعاون مع النقابات
المهنية الأخرى والجمعيات
القانونية العلمية المماثلة فى
سائر الدول .

(ب) التعاون مع اتحادات
المحامين ومنظماتها الدولية
وتبادل الخبرات حول نظم
القضاء والمحاماة .

(ج) اقتراح القوانين وإبداء
الرأى فيها والطعن عليها أمام
المحكمة الدستورية العليا .

(د) تقديم التوصيات الى
كافة الوزارات والهيئات
والمؤسسات .

مادة ١٢٨ : للجمعية
العمومية أن تعقد اجتماعات
غير عادية بناء على دعوة
مجلس النقابة العامة أو بناء
على طلب كتابى يقدم الى
النقيب من ثلث عدد أعضاء

الجمعية العمومية على الأقل
ويكون مصدقاً على توقيعاتهم
من النقابة الفرعية المختصة
ويبين فى الطلب أسبابه
وجداول الأعمال المقترح
ويتولى النقيب توجيه الدعوة
للاجتماع خلال ثلاثين يوماً
على الأكثر من تاريخ تقديم
الطلب .

وإذا لم يستجب النقيب لهذا
الطلب قام بالدعوة أقدم
المحامين الموقعين عليه
ولا يكون انعقاد الجمعية
العمومية صحيحاً إلا إذا
حضره ربع عدد أعضائها
على الأقل .

المادة الثانية

تضاف الى قانون المحاماة
الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة
١٩٨٣ مواد جديدة بأرقام ٥٠
مكرراً (أ) ، ٦١ مكرراً
(ب) ، ٦١ مكرراً (ج)
بالنصوص التالية :

مادة ٥٠ مكرراً : لمجلس
النقابة الفرعية أن يأمر بوقف
المحامى احتياطياً عن مباشرة
أعمال مهنته أثناء اجراءات
التحقيق أو المحاكمة إذا كان
المنسوب له ارتكاب فعل مغل
بالشرف .

مادة ٦١ مكرراً (أ) : مع

عدم الإخلال بقانون السلطة القضائية ، لأقدم المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة الاستئناف على الأقل أن ينوب عن رئيس المحكمة الجزئية الذي يتغيب عن الجلسة لأكثر من ساعة دون عذر في اتخاذ قرارات تأجيل كافة القضايا المنظورة .

مادة ٦١ مكرراً (ب) : للمحامين أولوية في البدء بنظر الدعاوى أو التحقيقات التي يحضرون فيها .

مادة ٦١ مكرراً (ج) : استثناء من الأحكام الخاصة بعدم صلاحية القضاة وردهم وتنحياتهم والمنصوص عليها بقانون المرافعات يأمر رئيس المحكمة بنقل القاضي الذي يطلب أكثر من خمسين محامياً تنحيه عن نظر القضايا التي يحضرون فيها .

ويقع باطلاً عمل القاضي أو قضاؤه فور إخطار رئيس المحكمة بطلب التنحي المشفوع بأسبابه والموقع من المحامين . أو إيداعه بقلم كتاب المحكمة .

المادة الثالثة

تضاف فقرة ثانية الى المادة

١٤٨ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ نصها كالاتي :

ولا يكون اجتماعها صحيحاً إلا إذا حضره ثلث الأعضاء على الأقل أو مائتا عضو أيهما أقل فإذا لم يتوافر هذا العدد أجل الاجتماع أسبوعين ويكون الاجتماع الثاني صحيحاً إذا حضره مائة عضو على الأقل .

المادة الرابعة

تلغى المادتان ٤٨ ، ١٠٣ من قانون المحاماة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ .

المادة الخامسة

ينشر هذا القانون في الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالي لنشره .

يصم هذا القانون بخاتم الجمهورية ، وينفذ كقانون من قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية في يوليو ١٩٨٧ (٢٠) .

رئيس الجمهورية

ثانياً

مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون ١٥٠ لسنة ١٩٥٠

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون الآتي نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنص المادتين ١٢٤ ، ٣٧٧ من قانون الاجراءات الجنائية الصادر بالقانون ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ النصان التاليان :

مادة ١٢٤ : يجب أن تتم جميع اجراءات التحقيق والمحاكمة في الجنايات والجنح المعاقب عليها وجوبياً بالحبس في حضور مجام للمتهم .

ويترتب البطلان على منع المحامي من الحضور أو إيداء دفاعه عن المتهم في أي مرحلة من مراحل الدعوى ، بأية صورة ولأي سبب .

مادة ٣٧٧ : لا يجوز لغير المحامين المقبولين للمرافعة أمام محكمة النقض أو محاكم

الاستئناف المرافعة أمام محاكم
الجنايات .

المادة الثانية

تلغى المادتان : ٢٤٥ ،
٣٧٥ والفقرة الثالثة من المادة
٢٧٥ من قانون الاجراءات
الجنائية الصادر بالقانون رقم
١٥٠ لسنة ١٩٥٠ .

المادة الثالثة

ينشر هذا القانون في
الجريدة الرسمية ويعمل به من
اليوم التالي لتاريخ نشره ..
يبصم هذا القانون بخاتم
الجمهورية وينفذ كقانون من
قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية
في يوليو ١٩٨٧ (٢١) .

رئيس الجمهورية

ثالثا

مشروع قانون بتعديل بعض
أحكام قانون المرافعات
المدنية والتجارية الصادر
بالقانون رقم ١٣ لسنة
١٩٦٨

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون
الآتى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنص المادة ٧٢ من
قانون المرافعات المدنية
والتجارية الصادر بالقانون ١٣
لسنة ١٩٦٨ النص التالى :
فى اليوم المعين لنظر
الدعوى يحضر الخصوم
بأنفسهم أو يحضر عنهم من
يوكلونه من المحامين .

المادة الثانية

يستبدل بلفظى (الوكيل -
الوكلاء) لفظا (المحامى -
المحامون) فى المواد ٧٣ ،
٧٤ ، ٧٥ ، ٧٧ ، ٧٨ ،
٧٩ ، ٨٠ من قانون
المرافعات المدنية والتجارية
الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة
١٩٦٨ .

المادة الثالثة

تلغى المادة ٨١ من قانون
المرافعات المدنية والتجارية
الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة
١٩٦٨ .

المادة الرابعة

ينشر هذا القانون فى
الجريدة الرسمية ويعمل به ابتداء
من أول يناير سنة ١٩٩٠ .

يبصم هذا القانون بخاتم
الدولة ، وينفذ كقانون من
قوانينها .

صدر برئاسة الجمهورية
فى أغسطس ١٩٨٩ .

رئيس الجمهورية

رابعا

مشروع قانون بتعديل بعض
أحكام القانون ٤٧ لسنة
١٩٧٣ بشأن الإدارات
القانونية بالمؤسسات العامة
والهيئات العامة والوحدات
التابعة لها

باسم الشعب

رئيس الجمهورية

قرر مجلس الشعب القانون
الآتى نصه وقد أصدرناه :

المادة الأولى

يستبدل بنص المادة ١٣ من
القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٣
بشأن الإدارات القانونية
بالمؤسسات العامة والهيئات
العامة والوحدات التابعة لها .
النص التالى :

يعين فى الوظائف الفنية
بالإدارات القانونية :

أولا : فى درجة محام (٢٢) :
المحامون المقبولون للمرافعة
أمام المحاكم الابتدائية .

ثانيا : فى درجة محام
ممتاز :

(أ) المحامون الذين اشتغلوا

أمام محاكم الاستئناف مدة سنة واحدة .	(ب) المحامون المقبولون للمرافعة أمام محاكم الاستئناف الذين مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر نظيراً لها مدة أربع عشرة سنة متوالية .	خمس عشرة سنة متوالية .
(ب) المحامون المقبولون للمرافعة أمام المحاكم الابتدائية الذين مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر نظيراً لها مدة ثمانية سنوات متوالية .	رابعاً : فى درجة مدير عام إدارة قانونية ^(٢٣) :	المادة الثانية ينشر هذا القانون فى الجريدة الرسمية ويعمل به من اليوم التالى لتاريخ نشره .
ثالثاً : فى درجة مدير ادارة قانونية :	(أ) المحامون المقبولون للمرافعة أمام محكمة النقض .	يبصم هذا القانون بخاتم الدولة وينفذ كقانون من قوانينها .
(أ) المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة سبع سبع سنوات متوالية .	(ب) المحامون المقبولون للمرافعة أمام محاكم الاستئناف الذين مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر نظيراً لها مدة	صدر برئاسة الجمهورية فى أغسطس ١٩٨٩ . رئيس الجمهورية

لا أحد ينكر حرية المحاماة ، إنها حق للمحاماة ، ويجب أن تبقى من حقوقها ، إنها ليست مكسباً للمحاماة ، ولا هى ملك لها ، فإن المحاماة لا تتمتع بها من أجل المحامين ، ولكن من أجل الصالح العام ، صالح المتقاضين وصالح جميع المتقاضين .

المحامى الفرنسى شيه دى استانج

مواضع

- (١) قوانين المحاماة وكافة التشريعات الأخرى التي تعالج أموراً تخص المحاماة والمحامين .
- (٢) القرارات بقوانين أسلوب تشريعي ابتدعه دستور الجمهورية الفرنسية الثالثة الصادر في ١٨٧٥ ، ووجهت إليه انتقادات عنيفة .. للمزيد من التفصيل في هذا الشأن راجع « دساتير فرنسا » للأستاذ : مورييس دوفرجييه ، ترجمة الأستاذ أحمد حسيب عباس ، الناشر مكتبة الآداب .
- (٣) تنص المادة الخامسة من قانون اصدار قرار رئيس الجمهورية بقانون السلطة القضائية على أنه :
« استثناءً من أحكام المادتين ٣٨ بند ٣ ، ١١٩ من القانون المرافق يجوز تعيين الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعي أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الموجودين في الخدمة في نيابات الأحوال الشخصية أو الإدارات التابعة للديوان العام بوزارة العدل أو بالمحاكم - في تاريخ العمل بالقانون ٤٣ لسنة ١٩٦٥ - في وظائف معاونين أو مساعدين للنيابة العامة أو وكلاء للنائب العام (للأحوال الشخصية) ، وذلك بمراعاة مدد خدمتهم وكفائتهم » .

(٤) تنص المادة ٣٩ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « يتعين قضاة بالمحاكم الابتدائية من الهيئات الآتية :

- (أ)
- (ب)
- (ج)
- (د)

(هـ) المحامين الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف أربع سنوات متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا فعلاً لمدة تسع سنوات المحاماة أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام يصدر من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي » .

ويلاحظ أن تقسيم القضاة الى فئة (أ) - فئة (ب) قد ألغى بالقانون ١٧ لسنة ١٩٧٦ .

(٥) تنص المادة ٤١ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « متى توافرت الشروط الأخرى المبينة في هذا القانون جاز أن يعين رأساً :

أولاً - قى وظائف قضاة من الفئة (أ) :

« ألغى هذا البند ضمناً بموجب القانون ١٧ لسنة ١٩٧٦ .. »

ثانياً - في وظائف رؤساء فئة (ب) بالمحاكم الابتدائية :

- (أ)
- (ب)

(ج) المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة اثنتى عشرة سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أي عمل يعتبر بقرار تنظيمي عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائي مدة سبع عشرة سنة ..

- (د)

مسوالم

- (هـ)
- ثالثاً - فى وظائف رؤساء فئة (أ) بالمحاكم الابتدائية :
- (أ)
- (ب)
- (ج) المحامون الذين اشتغلوا أمام محاكم الاستئناف مدة خمس عشرة سنة متوالية بشرط أن يكونوا مارسوا المحاماة فعلاً أو أى عمل يعتبر بقرار تنظيمى عام من المجلس الأعلى للهيئات القضائية نظيراً للعمل القضائى مدة عشرين سنة .
- (د)
- (هـ)
- رابعاً - فى وظائف المستشارين بمحاكم الاستئناف :
- (أ)
- (ب)
- (ج) المحامون الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض خمس سنوات متوالية .
- (د)
- (٦) تنص المادة ٤٣ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « يشترط فيمن يعين مستشاراً بمحكمة النقض أن يتوافر فيه أحد الشروط الآتية :
- (أ)
- (ب)
- (ج) أن يكون من المحامين الذين اشتغلوا أمام محكمة النقض مدة ثمانى سنوات متوالية .
- (٧) تنص الفقرة الثانية للمادة ٦١ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « وفى حالة غياب أحد القضاة أو وجود مانع لديه يندب رئيس المحكمة من يحل محله ويراعى أن يكون الندب بطريق التناوب بين القضاة » .
- (٨) تنص المادة ١٠٦ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « تكون جلسات المحاكمة التأديبية سرية .
- ويحكم مجلس التأديب بعد سماع طلبات النيابة العامة ودفاع القاضى المرفوعة عليه الدعوى ويكون القاضى آخر من يتكلم .
- ويحضر القاضى بشخصه أمام المجلس وله أن يقدم دفاعه كتابة أو أن ينيب فى الدفاع عنه أحد رجال القضاء من غير مستشارى محكمة النقض .
- وللمجلس الحكم فى غيبته بعد التحقيق من صحة اعلانه » .
- (٩) تنص المادة ١٣١ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على : « أعوان القضاء

مواش

هم المحامون والخبراء ، وأمناء العر والكنبة والمحضرون والمترجمون .

(١٠) تنص المادة ١٣٢ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية على أنه : « للمحامين دون غيرهم حق الحضور عن الخصوم أمام المحاكم ، وللمحكمة أن تأذن للمتقاضين في أن ينيبوا عنهم في المرافعة أمامها أزواجهم وأصهارهم أو أشخاصا من ذوي قرباهم الى الدرجة الثالثة . »

(١١) بمفهوم المخالفة لنص المادة الخامسة من قانون اصدار القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية فإن الاستثناء يضيق عن شمول الفئات التالية :

أ - الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعي أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين يعملون بكافة الوزارات الأخرى عدا وزارة العدل .

ب - الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعي أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين كانوا يعملون بوزارة العدل وتركوا الخدمة - لغير التقاعد - قبل ١٩٦٥/٧/٢٢ .

ج - الباحثين الحاصلين على اجازة القضاء الشرعي أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين التحقوا بالخدمة في وزارة العدل بعد ١٩٦٥/٧/٢٢ .

د - الحاصلين على اجازة القضاء الشرعي أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين عملوا بالمحاماة .

ولا يعنى ذلك سوى أن هذه المادة قد وضعت خصيصا لأشخاص بذاتهم وأن تطبيقاتها ستكون محدودة ، وهكذا تكون القاعدة التي قررتها هذه المادة قد خالفت مبادئ القانون العام وبديهياته التي أوجبت أن تكون القاعدة القانونية عامة ومجردة بالاضافة الى اخلالها بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بين الحاصلين على ذات الشهادة أمام القانون .

(١٢) راجع من فضلك قرار وزير العدل رقم ٣٠٧١ لسنة ١٩٧٩ الصادر في ١٩٧٩/٩/٥ بشأن الشروط الواجب توافرها فيمن يعين من الباحثين الفنيين في وظائف وكلاء النائب العام للأحوال الشخصية ، وعلى وجه الخصوص راجع الشرط الخامس الذي يتطلب ألا يقل مرتب الباحث عن بداية مربوط درجة وكيل نيابة وألا يجاوز نهاية مربوط درجة قاض ، ولست أظن أن حاصل واحدًا على اجازة القضاء الشرعي أو الشهادة العالية أو العالمية من الأزهر الذين كانوا منواجدين بالخدمة في ١٩٦٥/٧/٢٣ يمكن أن ينطبق عليه هذا الشرط حاليا .

(١٤) جدير بالذكر أنه ينبغي تعديل المادة ١٣ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٣ بشأن الادارات القانونية بالمؤسسات العامة والهيئات العامة والوحدات التابعة لها بما يكفل مساواة المحامين الذين عينوا بالقضاء أو النيابة بزملائهم في التخرج الذين عينوا في المؤسسات والهيئات العامة .. راجع الملحق الرابع بهذا البحث .

(١٥) راجع من فضلك مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون المحاماة ومذكرته الايضاحية، يحث للمؤلف قدم للمؤتمر الأول للمحامين الشبان المنعقد بمدينة جمصة ١٩٨٧ ، وقد تضمن ضوابط أخرى لنياية المحامي عن القاضي في ادارة الجلسة .

(١٦) جدير بالذكر أن قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ قد استثنى المحامين - ضمنا - من أحكام القرار بقانون رقم ٨٥ لسنة ١٩٦٩ في شأن تعيين وترقية القضاة واعفاء الهيئات القضائية التي لا تجيز تعيين القضاة الا بقرار من رئيس الجمهورية ، اذ أوجب قانون المحاماة في مادته ١٠٥ تشكيل لجنة من المحامين أعضاء

مواش

مجلس النقابة في دائرة كل نقابة فرعية لإصدار أوامر تقدير الأتعاب المستحقة للمحامين لدى موكلهم في حالة حدوث خلاف ، وناط بالمحكمة الابتدائية الفصل في استئناف أوامر هذه اللجنة ، كما أوجب قانون المحاماة في مادته ١٠٧ اشتراك محامين من أعضاء مجلس النقابة العامة في مجلس نأديب المحامين ، وأوجب في مادته ١١٦ اشتراك نقيب المحامين وعضوين من مجلس النقابة العامة في مجلس النأديب المختص بنظر الطعون على قرارات المجلس المشار اليه سابقاً ، لأن أعمال لجنة تقدير الأتعاب وأعمال مجلس النأديب بدرجة تته اعتبار من قبيل الأعمال القضائية المنوط مباشرتها بالقضاة دون غيرهم .

وأرجو أن يحاول المعترضون على مبدأ نيابة المحامي عن القاضي في إدارة الجلسة تفسير الفقرة الثالثة من المادة ١٠٦ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية التي تجيز للقضاة القيام بأعمال المحاماة دفاعاً عن زملائهم أمام مجلس النأديب ، في ضوء الفقرة الثانية من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣ التي تقصر ممارسة المحاماة على المحامين وحدهم ، والمادة ١٣٢ من القرار بقانون ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية التي تقصر الحضور والدفاع عن الخصوم أمام المحاكم على المحامين دون غيرهم مع جواز الحضور عن الأقارب حتى الدرجة الثالثة .

(١٧) احصاءات غير رسمية اجراها المؤلف في نطاق دائرة محكمة منهور الابتدائية أعوام ١٩٨٥ ، ١٩٨٦ ، ١٩٨٧ على ثلاثمائة من المتقاضين .

(١٨) ولعله من حسن الطالع أن يلتقي حرص المشروع على كفالة حفظ حقوق المتقاضين من الضياع لأسباب إجرائية بحرص ذات المشروع على توسيع دائرة عمل المحامي .

(١٩) جدير بالذكر أنه ينبغي تعديل المادة ٧٢ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ بما يكفل التنسيق بينها وبين أحكام مشروع القانون المرافق ، كما ينبغي إلغاء المادة ٨١ من قانون المرافعات أيضاً ، مع التوصية بإدراج فقرتها الأولى فقط بقانون السلطة القضائية للملاءمة .. راجع من فضلك الملحق الثالث بهذا البحث .

(٢٠) راجع - في شرح هذه الاقتراحات - مشروع قانون بتعديل بعض أحكام قانون المحاماة ومذكرته الإيضاحية ، بحث للمؤلف قدم للمؤتمر الأول للمحامين الشبان بجمصة ١٩٨٧ وراجع أيضاً توصيات المؤتمر التي نشرت بالعدد الحادي عشر من مجلة « أخبار المحاماة » نوفمبر ١٩٨٧ .

(٢١) راجع من فضلك - في شرح هذه الاقتراحات - نظرات في تعديل قانون الإجراءات الجنائية « بحث للمؤلف - مجلة المحاماة - العددان التاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٨٩ - السنة التاسعة والستون .

(٢٢) يلاحظ أن القانون رقم ١ لسنة ١٩٧٦ قد دمج وظائف محام رابع ومحام ثالث ومحام ثان في وظيفة محام ، ودمج وظيفة محام أول ومحام ممتاز في وظيفة محام ممتاز .

(٢٣) راجع من فضلك نص المادة ١٣ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٣ لتتبين مدى ركافة صياغتها بالإضافة الى الخطأ الجسيم الذي انطوت عليه اذا اشترطت في فقرتها السادسة للتعيين في درجة مدير عام إدارة قانونية « القيد أمام محكمة النقض لمدة ثلاث سنوات أو القيد أمام محاكم الاستئناف وانقضاء خمس عشرة سنة على الاشتغال بالمحاماة مع القيد أمام محكمة النقض » !! ولاشك أن عبارة « مع القيد أمام محكمة النقض » الواردة بعجز تلك الفقرة قد ألحقت بها خطأ .

دراسة وجيزة في شأن حالة الطوارئ

للاستاذ المستشار/ عثمان حسين عبدالله
نائب رئيس محكمة النقض وعضو مجلس الدولة (سابقاً)

من بين المعالم الأساسية للدستور الدائم لجمهورية مصر العربية أنه على عناية بالغة بتدعيم الحرية وسيادة القانون ، فمن بين أهداف الدستور الأساسية التي تضمنتها وثيقة إعلانه تحقيق الحرية لانسانية المصري ، عن ادراك حقيقة أن انسانية الانسان وعزته هي الشعاع الذي هدى ووجه خط سير التطور الهائل الذي قطعته البشرية نحو مثلها الأعلى ، وأن كرامة الفرد انعكاس طبيعي لكرامة الوطن ، ذلك أن الفرد هو حجر الأساس في بناء الوطن ، وأنه بقيمة الفرد وبعمله وبكرامته تكون مكانة الوطن وقوته وهيبته ، كما أن سيادة القانون ليست ضماناً مطلوبة لحرية الفرد فحسب ، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت .

- وردت هذه الفقرة في مقدمة الدستور الحالي الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ وقد رددتها المذكرة الايضاحية

للقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ الخاص بتعديل بعض النصوص المتعلقة بضمان حريات المواطنين والواردة في قانونى العقوبات والاجراءات الجنائية، وفي قانون حالة الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨. وقد لوحظ على القانون المذكور رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ - أنه إذا استهدف دعم حق المواطن في حماية حريته وحرمة حياته الخاصة، فقد كان أحد معالم حركة ١٥ مايو ١٩٧١ التي مهدت لحرب أكتوبر المجيدة .

- نقول ذلك لمناسبة قرب انتهاء المدة المحددة لسريان حالة الطوارئ ولما قد يثور في الأذهان من تساؤل - بهذه المناسبة - عما إذا كان من الملائم إلّاؤها ؟ وهو ما يدعونا إلى حديث بشأن طبيعة حالة الطوارئ، سواء في الدستور والقانون ، وفي الاتفاقيات الدولية ، وبشأن التشريعات العادية التي يمكن أن تغنى عن استمرار حالة

الطوارئ ، وما إذا كان ثمة مقتضى لإعلان استمرار هذه الحالة ، وبشأن بحث مدى جدوى الطوارئ ومدى ضررها، والموازنة بين الجدوى والضرر ، كي ننتهي من ذلك إلى رأى ونصيحة . ونحن على ثقة من أن المسؤولين الآن يحبون النصيحة .

١ - طبيعة حالة الطوارئ :

عرفت مصر نظام الأحكام العرفية حين أعلنتها السلطة البريطانية في ١٩١٤ (لمناسبة الحرب العظمى ١٩١٤ - ١٩١٨)، ثم قنن هذا النظام في دستور ١٩٢٣ والقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٢٣، وأعلنت الأحكام العرفية لمناسبة تدخل الجيش المصري في فلسطين سنة ١٩٤٨، ثم أعلنت الأحكام العرفية لمناسبة نشوب الحرب العالمية الثانية في أول سبتمبر ١٩٣٩ ، ورفعت في ١٩٤٥/١٠/٧ لمناسبة انتهاء هذه الحرب ، وأعيد تنظيم الأحكام العرفية بالقانون رقم

٥٣٣ لسنة ١٩٥٤. ولما صدر دستور يناير ١٩٥٦، استخدم المشرع الدستوري اصطلاح حالة الطوارئ بدلا من اصطلاح الأحكام العرفية ونص على حالة الطوارئ في المادة ١٤٤ منه، ثم نظمت - في ظل هذا الدستور - حالة الطوارئ بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ ونص عليها دستور ١٩٦٤ ثم جاء دستور سنة ١٩٧١ فأعاد النص على (حالة الطوارئ) في المادة ١٤٨ منه. وبعد حركة التصحيح وفي ظل الدستور الجديد، أصدر المشرع القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ متضمنا ادخال تعديلات على قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨.

وبذلك فإن حالة الطوارئ في مصر منظمة حاليا بالمادة ١٤٨ من الدستور وبالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ المعدل بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢، ويتعين للتعرف على طبيعة هذه الحالة أن نلم - ولو في إيجاز وسرعة - بذلك التنظيم.

تنص المادة ١٤٨ من الدستور (الصادر سنة ١٩٧١) على أن (يعلن رئيس

الجمهورية حالة الطوارئ على الوجه المبين في القانون. ويجب عرض هذا الاعلان على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوما التالية ليقدر ما يراه بشأنه، وإذا كان مجلس الشعب منحلا يعرض الأمر على المجلس الجديد في أول اجتماع له. وفي جميع الأحوال يكون اعلان حالة الطوارئ لمدة محددة، ولا يجوز مدتها إلا بموافقة مجلس الشعب).

وتقضى المادة ١ من قانون ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ بأنه يجوز اعلان حالة الطوارئ كلما تعرض الأمن أو النظام العام للخطر بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بالحرب أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء. فإذا أعلنت حالة الطوارئ فإن المادة ٣ من ذلك القانون تخول رئيس الجمهورية اتخاذ تدابير للمحافظة على الأمن والنظام العام منها مراقبة الرسائل والصحف والمطبوعات وتحديد مواعيد فتح المحلات والتكليف بالأعمال والاشتغال على المنقولات أو العقارات وسحب تراخيص الأسلحة والذخائر واخلاء الأماكن

وعزلها وحصر المواصلات وتحديداتها ووضع قيود على حرية الاجتماع والانتقال والاقامة والمرور، والقبض والاعتقال والتفتيش، وغير ذلك من التدابير التي يمكن اضافتها، كما أن الدعاوى الجنائية فيما يخالف تدابير الطوارئ تختص بها محاكم خاصة وهي محاكم أمن الدولة طوارئ، وللسلطة التنفيذية بشأن هذه الدعاوى سلطات خاصة منها جواز الافراج عن المتهم، وحفظ الدعوى، وتخفيف العقوبة، وجلب عسكريين أعضاء بالمحكمة، والتصديق على الأحكام، وعدم جواز الطعن فيها.

وبمقارنة الأسباب التي من أجلها يجوز إعلان حالة الطوارئ، وهذه التدابير وهذه السلطات التي يخولها اعلانها للسلطة التنفيذية، بالأسباب والتدابير والسلطات المتعلقة بنظام الأحكام العرفية، نجد تشابها شديدا أو تماثلا، حدا بالفقه المصري إلى القول بأن (حالة الطوارئ) هي بديل يماثل (الأحكام العرفية) في الحقيقة وإن اختلفا في الاصطلاح.

وإذا نظرنا في التدابير التي يخولها اعلان حالة الطوارئ

في ضوء الأحكام العامة للدستور المصري، نجد أنفسنا ازاء مجموعة من التدابير الاستثنائية التي لا تتفق مع الأحكام العامة المذكورة. فالمواد من ٤٠ إلى ٦٣ من الدستور الواردة تحت باب (الحريات والحقوق والواجبات العامة) تكفل الحرية الشخصية والحماية من القبض والحبس والحصانة من التفتيش والاعتقال، وحرمة المساكن، وصيانة حياة المواطنين الخاصة، وحرية الصحافة والطباعة والنشر والاعلام وحرية الإقامة، وحقوق الاجتماع وتكوين الجمعيات والنقابات.

كما أن المواد من ٦٤ إلى ٧٢ من الدستور تقرر سيادة القانون واستقلال القضاء وحصانة سلطته، وعدم جواز توقيع عقوبة الا بحكم قضائي، وتؤكد ضمانات المحاكمة أمام القاضي الطبيعي (مادة ٦٨)، وخضوع الدولة للقانون، وعدم جواز إقامة الدعوى الجنائية الا بأمر من جهة قضائية، و ضمانات التقاضي والظعن في الأحكام القضائية، وعدم جواز خضوع هذه الأحكام لولاية رقابية من سلطة أخرى (المادة ١٦٥ وما بعدها).

وبمقارنة التدابير التي يخولها نظام الطوارئ بهذه الحقوق العامة والحريات والضمانات التي يكفلها الدستور، يبين بوضوح أن سلطات القبض والاعتقال والتفتيش والحبس والقيود على حرية الاجتماع، والنشر والمراسلات والاعلام، وتشكيل محاكم خاصة غير المحاكم العادية، وعدم جواز الطعن في الأحكام التي تصدرها هذه المحاكم الخاصة (مادة ١٢ من قانون الطوارئ الحالي) وخضوع هذه الأحكام للتصديق أو الالغاء من جانب رئيس السلطة التنفيذية الذي له سلطة حفظ الدعوى، والافراج عن المتهم وتخفيف العقوبة واستبدال غيرها بها، والغاء كل أو بعض العقوبات أو وقف تنفيذها (المواد ١٠ إلى ١٥ من القانون المذكور)، مما يعتبر تغولا على السلطة القضائية واخلالا واهدارا

للضمانات القضائية، هذا إلى أن امكان التوسع في التدابير وفرض عقوبات جديدة على مخالفة أوامر الطوارئ تصل إلى عقوبة الأشغال الشاقة (المواد ٥ وما بعدها من قانون الطوارئ) مما يعتبر تغولا على السلطة التشريعية،

(مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر للأستاذ الدكتور سعد عصفور مجلة المحاماة مارس وابريل ١٩٧٦ ص ١٠١ وما بعدها).

كل هذه التدابير لا يمكن أن يكون المشرع الدستوري قصد بها أن تطبق لمدة أو مدد طويلة أو أن تصبح لطول الأمد الذي تسرى خلاله بمثابة الأحكام العادية المألوفة أو الأحكام التي ترقى إلى مصاف أحكام الحريات والحقوق العامة المنصوص عليها في الباب الثالث من الدستور، ومبادئ سيادة القانون واستقلال القضاء وحصانته المنصوص عليها في الباب الرابع من الدستور، والقول بغير ذلك يعنى أن الدستور قد قصد أن يهدر الضمانات والحريات والمبادئ المقدسة التي قررها.

ان تدابير الطوارئ المقررة بالقانون رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ لا يمكن أن تقوم إلى جانب مبادئ الدستور، إلا على اعتبار أنها تدابير استثنائية موقوتة، يعمل بها لفترة محدودة وتنتهى بانتهائها، وتتعلق بحالة ضرورية شديدة طارئة، وتزول

حتما بزوال هذه الحالة التي اقتضت واستوجبت اعلان الطوارئ. ومن أجل ذلك يلزم الدستور بأن يكون أمدها محدودة.

ان حالة الطوارئ في ظل القانون المذكور هي صنو (الأحكام العرفية) التي ورثها المشرع المصري عن قانون الأحكام العرفية الصادر ١٩٢٣.

ومتي كانت طبيعة (حالة الطوارئ) أنها استثنائية موقوتة بآمد محدود، وانها مرهونة بالضرورة التي اقتضت اعلانها، فإن استمرار هذه الحالة واتصال فتراتها سنين طويلة هو مما لا يتفق مع طبيعتها، وهو مما يخالف مبادئ الدستور المتعلقة بالحريات والحقوق العامة، والمتعلقة بالمشروعية وسيادة القانون واستقلال القضاء، واحترام أحكامه، وعدم جواز تدخل السلطة التنفيذية في أعمال السلطين التشريعية والقضائية.

وجدير بالذكر هنا أن قانون حالة الطوارئ الفرنسي (Etat d'urgence) الصادر في ٣ ابريل ١٩٥٥ ينص على أن تعلن حالة الطوارئ بمرسوم

لا يجوز أن يمتد العمل به أكثر من اثني عشر يوما . فإذا أريد أن تجاوز المدة ذلك فلا بد من صدور قانون بمد مدة العمل بحالة الطوارئ، وفي حالة استقالة الحكومة أو حل الجمعية الوطنية بعد صدور هذا القانون، فإن القانون المذكور يصبح كأن لم يكن (نظرية الظروف الاستثنائية: سيادة القانون، حالة الضرورة، القوانين الاستثنائية، دكتور أحمد مدحت على، ص ١٢٢ وما بعدها).

وفي بريطانيا قانون الطوارئ لسنة ١٩٢٠ المعدل سنة ١٩٦٤ (Emergency Power Act)، ووفقا لهذا القانون لا يجوز نفاذ اعلان حالة الطوارئ لأكثر من شهر واحد. وذلك مع عدم الاخلال بإصدار اعلان طوارئ جديد خلال هذه المدة ويجب عرض قرار اعلان

الطوارئ على البرلمان فوراً . وإذا كان مجلس البرلمان غير منعقدين فيجب دعوتهم للانعقاد خلال خمسة أيام. وإذا (الرقابة على أعمال السلطة القائمة على حالة الطوارئ.

دراسة مقارنة في النظام المصري والانجلو سكسوني والعراقي . دكتور حقي اسماعيل ١٩٨١. ص ٤١ وما بعدها).

. وهكذا فالمدة محدودة، فهي في فرنسا اثنا عشر يوما، وهي في بريطانيا شهر واحد، وكل تمديد لها يتطلب استدعاء السلطة التشريعية واصدار قانون. وبديهي أنه متى كانت المدة الأصلية أياما أو أسابيع لا تجاوز الشهر، فإنه ليس من الطبيعي أن تجدد هذه الأيام أو الأسابيع المحدودة التي ينص عليها القانون الى شهور أو سنين .

ان نظام حالة الطوارئ هو بطبيعته نظام استثنائي غير عادي، نظام يواجه طوارئ معينة بذاتها، ويزول بزوالها ، نظام للضرورة بقدر بقدرها ، زمانا ومكانا، وشأن أي نظام استثنائي طارئ غير عادي. فإنه لا يصح أن يستمر من حيث الزمان ولا أن يعمم من حيث المكان، فما كان للمشروع الدستوري أن يسمح بإهدار جانب كبير من حقوق الناس وحرياتهم ومن ضمانات العدل والتقاضى، على وجه مستمر ويستطيل .

وبلاحظ أن الأحكام العرفية التي أعلنت - في مصر - بمناسبة نشوب الحرب العالمية الثانية ، رفعت بمجرد أن وضعت الحرب أوزارها في ١٩٤٥ . وان حالة الطوارئ التي أعلنت لمناسبة العدوان الثلاثي ١٩٥٦ أنهيت عند إصدار دستور ١٩٦٤ . أما حالة الطوارئ المعلنة في ٥ يونية سنة ١٩٦٧ بسبب عدوان إسرائيل ثم حرب الاستنزاف التالية لهذا العدوان ، فقد انتقد الفقه أن مدة هذه الحالة استطلت - بغير مقتض - حيث لم ينته العمل بها إلا في ١٥ مايو ١٩٨٠ رغم أن ظروف الحرب التي سوغت إعلان الطوارئ قد انتهت من قبل هذا التاريخ . وأما حالة الطوارئ الحالية فإنها قد أعلنت في ٦ أكتوبر ١٩٨١ يوم الاعتداء على حياة الرئيس السابق وذلك لمدة سنة وظلت تمد حتى الآن .

وإذا كانت طوارئ الحرب لها ما يبرر طول مدتها فإن طوارئ السلم والاستقرار يجب أن تنتهي سريعا لتحل محلها حياة الحريات والضمانات العادية الطبيعية .

٢ - المواثيق الدولية وحالة الطوارئ :

الاتفاق أو العهد الدولي الخاص بالحقوق المدنية والسياسية :

(International Covenant on Civil Political Rights) هذا الاتفاق - أو العهد - وثيقة دولية تتعلق بحقوق الإنسان المدنية والسياسية، وقد اعتمد وعرض للنوقيع والتصديق والانضمام بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢٢٠٠ ألف المؤرخ ١٦ ديسمبر ١٩٦٦ . وتاريخ بدء نفاذه ٢٣ مارس ١٩٧٦ ، وقد انضمت إلى هذه الوثيقة الدولية وصدقت عليها حتى أول سنة ١٩٨٨ سبع وثمانون دولة من بينها جمهورية مصر العربية .

وتنص المادة ٤ من هذه الوثيقة الدولية على ما يأتي :

١ - في حالات الطوارئ الاستثنائية التي تتهدد حياة الأمة والمعلن قيامها رسميا، يجوز للدول الأطراف في هذا العهد أن تتخذ في أضيق الحدود التي يتطلبها الوضع، تدابير لا تنقيد بالالتزامات المترتبة عليها بمقتضى هذا العهد ، شريطة عدم منافاة هذه

التدابير للالتزامات الأخرى المترتبة عليها بمقتضى القانون الدولي وعدم انطوائها على تمييز مبرره الوحيد العرق أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الأصل الاجتماعي .

٢ - ومع ذلك لا يجوز التحلل من الالتزامات التي نصت عليها المواد

٣ - وعلى أية دولة طرف استخدمت حق عدم التقيد أن تعلم الدول الأطراف الأخرى فوراً عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة، بالأحكام التي لم تنقيد بها . وبالأسباب التي دفعتها إلى ذلك . وعليها في التاريخ الذي تنهى فيه عدم التقيد أن تعلمها بذلك مرة أخرى وبالطرق ذاته .

- وتنص المادة ١٤ فقرة ٥ من هذه الوثيقة الدولية على أن : (لكل شخص أدين بجريمة حق اللجوء وفقا للقانون إلى محكمة أعلى كيما تعيد النظر في قرار إدانته وفي العقاب الذي حكم به عليه) .

- هذه الوثيقة الدولية الهامة التي انضمت إليها مصر وصدقت عليها وتعهدت (ضمن ٨٧ دولة من دول العالم) بالالتزام بأحكامها

تقضى بما يلي :

أ - أن الطوارئ التي تسوغ للدولة أن تتخذ تدابير لا تنقيد بالالتزامات المتعلقة بحقوق الانسان المدنية والسياسية المقررة في هذه الوثيقة ، يجب أن تكون حالات طوارئ استثنائية، ويجب أن تكون من الخطورة بحيث تتهدد حياة الأمة .

ب - والتدابير التي يجوز اتخاذها في هذه الحالات الاستثنائية الخطيرة يجب أن تقدر بقدر الضرورة وأن تتخذ في أضيق الحدود التي تتطلبها هذه الضرورة .

ج - وعلى الدولة أن تبلغ فوراً الدول الأخرى الأطراف في هذه الوثيقة الدولية بأحكام هذه الوثيقة التي لم تنقيد بها خلال فترة الطوارئ وبالأسباب التي دفعتها الى ذلك .

د - وعليها أن تبلغ الأطراف كذلك عن طريق الأمين العام للأمم المتحدة حين تنهى حالة الطوارئ .

إذن فثمة التزامات قانونية تقع على عاتق مصر نحو المجموعة الدولية ، بمقتضى هذا العهد أو هذه الوثيقة، أهمها أن تكون حالة

الطوارئ في أضيق الحدود الضرورية وهي التزامات ارتضتها مصر ضمن سبع وثمانين دولة من دول العالم ، وهي التزامات أملاها حرص المجتمع الدولي - وهيئة الأمم المتحدة - وحرص مصر معها على سيادة الأحكام الدستورية والقانونية العادية ، ومبدأ المشروعية وسيادة القانون ، والقاضي الطبيعي ، وحق الطعن في الأحكام، وسائر حقوق الانسان المدنية والسياسية. (يرجى الرجوع إلى هذه الوثيقة في المجلد الأول ص ٣٢ وما بعدها من مجموعة حقوق الانسان - اعداد الدكتور محمود شريف بسيوني عميد المعهد الدولي للدراسات العليا في العلوم الجنائية ، والدكتور محمد السعيد الدقاق استاذ القانون الدولي العام بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية، والدكتور عبد العظيم وزير أستاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة المنصورة، والى بحث السفير عمران الشافعي عضو لجنة حقوق الانسان عنوان : المعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية بين النظرية والتطبيق. منشور بصفحة ٩٢ من المجلد الثاني من مجموعة

حقوق الانسان المذكورة - دراسات حول الوثائق).

وبتطبيق ما تقدم على الظروف الحالية في جمهورية مصر العربية نرى أنها ليست ظروفًا استثنائية، وليست ظروفًا تتهدد حياة الأمة، وان التدابير المقررة في قانون الطوارئ رقم ١٦٢ لسنة ١٩٥٨ وحتى بعد تعديله بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ ، ليست تدابير ذات حدود ضيقة، وليست في أضيق الحدود مطلقاً ، بل هي في الحقيقة تدابير تصل من السعة والشدة الى حد إباحة القبض والتفتيش والحبس والاعتقال بدون أمر قضائي، وتنشئ نظاماً قضائياً خاصاً هو محاكم أمن الدولة (طوارئ) يسلب اختصاص القاضي الطبيعي ولا ينقيد بأنظمة القضاء العادي ولا بتشكيله، بل يتدخل رئيس السلطة التنفيذية - هو أو من ينييه أو من يقوم على شئون الطوارئ مقامه - في شئون الدعوى الجنائية والتصديق أو عدم التصديق على الأحكام الجنائية ، بل ويشرع بأوامر إدارية جرائم وعقوبات قد تصل إلى عقوبة الجناية (وهي الأشغال الشاقة المؤقتة من ٣

لى ١٥ سنة)، ويحرم لمحكوم عليه من الطعن فى أحكام الطوارئ هذه بأى طريق من طرق الطعن القانونية، وطبيعى أن مثل هذه السلطات الواسعة من شأنها أن تغرى بعض المسئولين التنفيذيين على المجاوزة والانحراف .

كما أنه إذا ساغ تبرير اعلان حالة الطوارئ أو استمرارها بقيام حالة الحرب كما حدث خلال الحرب العالمية ١٩٣٩ - ١٩٤٥، والعدوان الثلاثى ١٩٥٦، وعدوان اسرائيل يونيه ١٩٦٧، وحرب الاستنزاف وحرب اكتوبر ١٩٧٣، فماذا يمكن أن نقوله للمجتمع الدولى فى تبرير استمرار حالة الطوارئ - الآن - ومد مدتها سنة أو سنتين أو أكثر، فى حين أن الأوضاع فى جمهورية مصر العربية هادئة مستقرة والحمد لله، ولا توجد طوارئ استثنائية تتهدد حياة الأمة مما يتطلب اصدار الضمانات الدستورية أو يسوغ ذلك ؟ وهل يمكن الاحتجاج فى هذا الصدد الآن فى سنة ١٩٩٠ بأن حالة الطوارئ تم د وتستمر لأن رئيس الجمهورية السابق قد اعتدى

على حياته فى سنة ١٩٨١ ؟ أى قبل اليوم بأكثر من تسع سنوات.

٣ - القوانين العادية القائمة كافية :

على أنه لا وجه لأى تخوف على الأمن أو النظام العام إذا ما انتهت حالة الطوارئ القائمة حالياً بنهاية مدتها، ذلك بأن لدينا قوانين كثيرة سارية تكفل الحفاظ على ذلك، وهى تشريعات نافذة أيا كان الرأى فيها، ولا حاجة معها لقانون الطوارئ، ويقوم بتطبيقها القضاء العادى دون حاجة لمحاكم أمن الدولة (طوارئ) ومن بين هذه التشريعات :

- قانون حماية الجبهة الداخلية والسلام الاجتماعى.
- قانون الحماية الوحدة الوطنية.
- قانون الاحزاب السياسية.
- قانون حماية حرية الوطن والمواطن.
- قانون حماية الأموال العامة.
- قوانين التمويل والتسعير الجبرى وتحديد الأرباح ولوائحها.
- قانون محاكم أمن الدولة

(العادية).

- قانون حماية القيم من العيب.
- قانون الأسلحة والذخائر.
- قانون المخدرات بغد تعديله الأخير.
- قانون مراقبة النقد ولوائحه.

وذلك بالاضافة الى النصوص المستحدثة فى قانون العقوبات وقانون الاجراءات الجنائية.

إلى جانب ما تقدم نود أن نوجه النظر الى أن ثمة تشريعين قديمين ما زالوا ساريين لم يلحقهما الالغاء رغم محاولات الغائهما ورغم ما وجهه اليهما الفقه المصرى من نقد، وهما :

أ - القانون رقم ١٤ لسنة ١٩٢٣ (المعدل بالقانون رقم ٢٨ لسنة ١١٢٩) بتقرير بعض الأحكام الخاصة بالاجتماعات العامة وبالمظاهرات فى الطرق العمومية.

ب - القانون رقم ١٠ لسنة ١٩١٤ الخاص بالتجمهر.

وفى بيان تاريخ هذين القانونين وشرح أحكامهما ونقدهما، يرجى الرجوع إلى

بحث الأستاذ الدكتور سعد عصفور رئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية بعنوان (مشكلة الضمانات والحريات العامة في مصر) وهو منشور في مجلة المحاماة سنة ٥٦ المعددين الثالث والرابع (مارس/ ابريل) سنة ١٩٧٦ صفحة ١٠١ وما بعدها، والى كتاب (دور مجلس الدولة المصري في حماية الحقوق والحريات العامة ١٩٨٨ للدكتور فاروق عبد البر وكيل مجلس الدولة)، كما يرجى الرجوع الى بحث بعنوان (ضمانات الحريات الشخصية في ظل القوانين الاستثنائية) للدكتور حسن صادق المرصفاوى استاذ القانون الجنائي بكلية الحقوق جامعة الاسكندرية. المحاماة ١٩٧٦ ص ١٧١.

- ويكفى أن نشير إلى أهم أحكام القانونين المذكورين .

- أما قانون الاجتماعات العامة والمظاهرات فيوجب على كل من يريد تنظيم اجتماع عام أن يخطر بذلك المحافظة قبل الاجتماع بثلاثة أيام ويحدد موضوع الاجتماع وغرضه وزمانه ومكانه، واللجنة المسؤولة عن تنظيمه .

وعلى هذه اللجنة منع أى خطاب يخالف النظام العام أو الآداب أو يشتمل على تحريض على الجرائم. وللحفاظ أو الشرطة منع أى اجتماع إذا رأوا من شأنه أن يترتب عليه اضطراب النظام أو الأمن العام، ولمنظمي الاجتماع التظلم من أمر المنع . وأما المظاهرات والمواكب العامة فإنها إذا كان الغرض منها سياسيا تسرى عليها معظم الأحكام المنظمة للاجتماعات العامة . وللشرطة حق تفريق كل احتشاد أو تجمع من شأنه أن يجعل الأمن العام فى خطر، ولها تأمين حرية المرور فى الطرق والميادين العامة . وثمة عقوبات للداعين والمنظمين للاجتماعات والمظاهرات والمواكب بغير اخطار أو رغم المنع ، تصل إلى الحبس ستة أشهر، بل ويعاقب المشتركون فيها رغم المنع وعلى الشروع فى الاشتراك فى اجتماعات أو مظاهرات صدر: الأمر بمنعها .

وقانون التجمهر الصادر فى ١٨/١٠/١٩١٤ يعاقب على مجرد التجمهر، وهو فعل لا يعدو أن يكون من قبيل

الأعمال التحضيرية التى لا عقاب عليها حسب القواعد العامة ، وفى يناير ١٩٢٨ أقر البرلمان مشروع قانون بالغائه ولكنه لم يصدر ولم ينشر . ومحكمة النقض قررت فى أحكامها أن قانون التجمهر هذا نافذ (الدائرة الجنائية ١٩٥٤ ، ١٩٦١ ، ١٩٦٣).

وازاء قيام هذه التشريعات العديدة وسريانها فإنه لا تبدو ثمة حاجة الى التدابير الاستثنائية التى يقوم عليها نظام الطوارئ. وإذا قيل إن إنتشار المخدرات، أو تجارة العملة ، أو التطرف، هى أسباب قد تبرر استمرار حالة الطوارئ، فإن المخدرات والتهريب والتطرف موجودة فى كل أقطار الدنيا ، وفى أحكام القانون العام، ومنها التشريعات السالف ذكرها، ما يكفل الوقاية والمكافحة لأى إخلال بالمصلحة العامة والنظام العام ، وذلك متى نفذت أحكامها التنفيذ الحازم العادل، وواكبتها توعية حسنة .

٤ - استمرار حالة الطوارئ ضئيل الجدوى ضار بمصالح الأمة ضار بسمعة الدولة : طالما أن الأوضاع

لا تقتضى إعلان حالة الطوارئ ولا تقتضى استمرارها ، وقيام هذه الحالة ليس من شأنه أن يحقق اطمئنانا وعدلا واستقرارا، بل على العكس من ذلك فإن انتهاء حالة الطوارئ يعود بنظامنا إلى مبادئ المشروعية وسيادة القانون ، واحترام اختصاصات السلطة التشريعية، وصون الضمانات القضائية . وفى جو الحرية والعدل وكرامة المواطن ، وفى ظل نظام القاضى الطبيعى والاجراءات القضائية السليمة ، يقوى الانتماء ، ويتحقق الاستقرار ، ويزيد الانتاج ، وتدعم التنمية ،

وذلك نتيجة للمناخ الطبيعى الذى تزدهر فيه انسانية الانسان وشعوره بالعزة والكرامة ، ومن ثم ترتفع قيمة الوطن ومكانته الحقيقية وتعظم قوته وهيبته انطلاقا من كرامة المواطن ، ومشروعية السلطة، وهى المعانى التى أشارت اليها وثيقة اعلان الدستور المصرى الحالى الصادر سنة ١٩٧١، وما أجمل أن تزول وتمحى الفجوة بين المبادئ والأحكام التى قررها الدستور وبين الأنظمة التشريعية الاستثنائية السارية

والتدابير الادارية التى تتخذ فى ظلها.

إن العودة الى الأنظمة التشريعية العادية - الكافية - من شأنها توفير المناخ المناسب لمواجهة المجتمع الدولى فى كافة المجالات السياسية والاقتصادية، واجتذاب الاستثمارات الكبيرة فى إطار من المصادقية الاطمئنان والفعالية، واجراء الحوار اللازم مع أوروبا الموحدة اقتصاديا، وتعزيز مركز المفاوض المصرى فى التعامل - ماليا واقتصاديا وسياسيا - مع الهيئات والمنظمات والصناديق الدولية ، ومع دول الشرق ودول الغرب ، وسائر الاقطار، على السواء .

إن استمرار نظام الطوارئ المعلن منذ نحو عشر سنوات لمناسبة حادثة زالت كل آثارها ومعالمها فى حينها (وقد يقع مثلها فى أى بلد من بلاد العالم)، قد تكون دلالة أننا نريد للنظام الاستثنائى الموقوت بمدة محدودة أن يصبح هو القانون العادى ، أو أننا نرتضى ظللا من الارتباب فى استقرار

الأمن والنظام العام فى وطننا . هذا فى حين أنه لا محل لذلك كله بل على العكس فإن نظام الطوارئ الذى لا مقتضى له لا يتفق مع الممارسة الديمقراطية الحالية وحرية الصحافة والنشر . الملموسة وتعدد الاحزاب على النحو الذى يحرص على تأكيده السيد رئيس الجمهورية الحالى.

انه ليست لدينا حرب، ولا ثورة مسلحة، ولا كوارث طارئة تهدد البلاد، والحمد لله ، والمجتمع الدولى من خلال موثيقه، ينظر بكثير من الشك والريبة إلى أنظمة الطوارئ الاستثنائية فى أى دولة كانت، ويخشى من خطورتها على حقوق الانسان المدنية والسياسية.

إنه إذا كان القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ المتعلق بضمان حريات المواطنين قد وصف بأنه من مفاخر حركة ١٥ مايو ١٩٧١، فإن العهد الحالى - الذى يعتنق القيم الديمقراطية - غريب عليه استمرار حالة الطوارئ، وجدير به أن يقرر انتهاءها إلى غير رجعة إن شاء الله.

حدود مشروع قانون العقوبات المصري في ضوء مبادئ الشريعة الإسلامية

للسيد الاستاذ/ كمال عبد الواحد الجوهري- المحامي

مقدمة

- عندما نص دستور جمهورية مصر العربية في مادته الثانية المعدلة في ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ على أن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع ، كثر الجدل واحتدم النقاش حول مدلول هذا النص ونطاق سريانه ، وموقف التشريعات الوضعية المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية وحرى بالذكر أن الآراء تباينت تباينا واضحا في كافة المناحي السابقة وكذا أحكام المحاكم سواء المحاكم العادية أو المحكمة الدستورية العليا .

وهذا ما دفعني إلى التفكير الجدى إلى الخوض في هذا النقاش الدائر وإبداء الرأي فيه خاصة أنني لم أعثر على دراسة متكاملة ووافية تستوعب جوانب هذا الموضوع، وتحسم عوامل الخلاف الجوهرية فيه برأى جريء وقاطع ، وكان هذا الدافع الأكبر لى إلى بحثه بشكل متكامل وشامل يستغرق

كل مجالات الخلاف وعوامله، فجعلته محور موضوع رسالتي للدكتوراه المسجلة منذ عام ١٩٨٥ بجامعة القاهرة والمعدة للطبع حاليا تحت عنوان : «القصور التشريعية وسلطة القاضى الجنائى ، دراسة مقارنة في ضوء نص المادة الثانية من دستور ١٩٧١» .

وبشيء من الإيجاز الشديد حاولت أن ألقى مجرد ضوء هنا في هذا البحث على مدى شرعية نصوص قانون العقوبات المصري، فى حكم نص المادة الثانية من الدستور ، وبالقسط لا يسمح المجال ولا المقام للخوض فى تفاصيل قد تحتاجها طبيعة هذا الموضوع، وقد يكون لنا لقاءات أخرى على صفحات مجلتنا العريقة «مجلة المحاماة» لاستكمال جوانبه فى أعداد أخرى . ولقد رأيت أن أتناول هذا الموضوع حاليا فى مباحث ثلاثة :

المبحث الأول : وجهات النظر حول مدلول نص المادة

الثانية من الدستور .

المبحث الثانى : رأينا الخاص فى دلالة النص .

المبحث الثالث : حكم التشريعات المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية .

المبحث الأول

مدلول النص

(وجهات النظر التى يحتملها النص الدستورى القاضى بأن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع)

من المفيد هنا ان نورد تقرير اللجنة الخاصة التى شكلها مجلس الشعب سنة ١٩٧٩ لبحث تعديل بعض أحكام الدستور ومن بينها حكم المادة الثانية منه ، وحيث جرى تعديلها إلى إعتبار «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع»، وقد أعدت اللجنة التى شكلت لهذا الغرض تقريرها وقدمته إلى مجلس الشعب وفى هذا التقرير كشفت عن رأيها بشأن هذا النص، وقد جاء فى

تقريرها. ما يلي :

١ - أن المادة الثانية من مشروع تعديل الدستور - في الصيغة التي سبق أن أقرها المجلس تلزم المشرع بالالتجاء إلى أحكام الشريعة الإسلامية للبحث عن بغيته فيها مع إلزامه بعدم الالتجاء إلى غيرها، فإذا لم يجد في الشريعة حكماً صريحاً (وهو

ما يكون قطعياً في ثبوته ودلالته، ولا مجال للاجتهاد فيه)، فإن وسائل استنباط الأحكام من المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية تمكن المشرع من التوصل إلى الأحكام اللازمة التي لا تتعارض مع أصول الشريعة الإسلامية ومبادئها العادية .

٢ - أن المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية نوعان : مصادر أساسية هي القرآن والسنة والاجماع والقياس (وهي تعتبر كذلك لأن جمهور فقهاء المسلمين اتفقوا على جواز الاستدلال بها) ومصادر أخرى يختلف الرأي من مذهب إلى آخر على جواز الاستدلال بها كالمصالح المرسلية والاستحسان

والعرف .

وللمشرع أن يعتمد على أى من هذه المصادر - سواء في ذلك المتفق على الاستدلال بها أم المختلف عليها - لمواجهة الحوادث والنوازل، فالعرف بشرائطه الشرعية والمصالح المرسلية بشرائطها الشرعية، مصدران مهمان للفقه الإسلامي، وهما يفتحان الباب أمام الاجتهاد في استنباط أحكام تتفق مع الأصول والمبادئ الشرعية لمواجهة ما يجد في المجتمع من تطورات فكرية واجتماعية واقتصادية .

وهذه الأحكام التي يتوصل إليها المشرع إجتهداً عن طريق الاعتماد على المصادر الاجتهادية في الشريعة الإسلامية على اختلافها - لا يمكن أن تكون أحكام ثابتة دوماً، إذ المتصور أن تتغير من زمان لزمان ومن مكان لمكان، بما يحقق المقاصد العامة للشريعة الإسلامية،

على أن يكون مفهوماً أن الاجتهاد وفقاً لنص المادة الثانية من الدستور لا يمكن أن يكون منحصرأ فيما دونه الفقهاء السابقون، فهو ليس إجتهداً مذهبياً، فمن ناحية،

فإن الحوادث والنوازل قد تجد في المجتمع دون أن يكون لها نكر في مؤلفاتهم، ومن ناحية أخرى فإن هذا الحصر للشريعة الإسلامية في إجتهدات الفقهاء السابقين أمر تأباه نصوص الشريعة الإسلامية ذاتها وروحها، فهي شريعة مرنة تواجه ما يجد في المجتمع من أحداث من خلال إطار عام ممثلاً في مبادئ الشريعة الإسلامية التي لا يجوز الخروج عليها وبالارتكاز على المصادر الشرعية التي تستنبط منها الأحكام. لكل ما يجد في المجتمع من أحداث وتطورات .

٣ - أن الأحكام الاجتهادية في الشريعة الإسلامية هي غير الأحكام القطعية، فالأخيرة هي التي تكون قطعية في ثبوتها ودلالاتها (كالحدود وأنصبة الورثة في الأموال التي يخلفها المورث) وهذه لا مجال للاجتهاد فيها، وكل تشريع على خلافها هو نقض لها، وإهدار لما علم من الدين بالضرورة، وهو ليس إلا تشهياً، أما الأولى فهي التي يجوز الاجتهاد فيها لأنها ظنية في ثبوتها أو دلالتها أو هما معاً، ومن المسلم بالنسبة إلى

الأحكام الاجتهادية أنها تتغير بتغير الزمان والمكان ، مما أعطى للفقهاء الاسلامى مرونة وحيوية ، أمكن معهما القول بأن الشريعة الاسلامية صالحة لكل زمان ومكان .

٤ -

.....(١)

ولن نبدي مالنا من ملاحظات على ما ورد بتقرير اللجنة سالف البيان، وإنما نرجى ذلك إلى ما بعد أن نشير إلى اتجاهات الفقه فيما يتعلق بصيغة نص المادة الثانية من الدستور ودلالته .

اتجاهات الفقه حول صيغة النص الدستوري ودلالته : (٢)

يمكن حصر هذه الاتجاهات فى ثلاثة :

الاتجاه الأول : ويرى حصر مصادر التشريع فى مبادئ الشريعة الاسلامية :

ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مقتضى النص الدستوري على أن مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع ، أن يتركز الاجتهاد وينحصر فى مبادئ الشريعة الاسلامية دون غيرها، بمعنى أن المشرع

العادى يتقيد فيما يسنه من تشريعات بأن يستمدّها من الشريعة الاسلامية التى تنفرد بنسبة الأحكام الوضعية إليها، وهذا بدوره يعنى أن المشرع الوضعى إذا تحلّل من هذا الالتزام وأتى بتشريعات غير متفقة مع مبادئ الشريعة الاسلامية يكون قد أتى بتشريعات متناقضة مع الدستور ، ويرى هذا الاتجاه فى النهاية أنه لا مجال للنطق بأن النص الدستوري قد ورد مورد الارشاد والتوجيه ، كما رأى البعض وأنه لم يقصد به الالتزام والوجوب . (٣) فهذا الظن ينفيه من جهة أن نصوص الدستور بطبيعتها لا تحمل هذا المحمل (لا بقرينة، كما أن عبارة النص وسياقه من جهة أخرى يقطعان الطريق على مثل هذه المحاولة) (٤) .

وقد ساق هذا الفريق العديد من الحجج لتأييد ما ذهب إليه، ومن هذه الحجج ما يلى :

١ - أن القول بإجازة أخذ التشريع الوضعى من أى مصدر آخر خلاف الشريعة الاسلامية يعنى تعطيل العمل بنص الدستور الذى اعتبر مبادئ الشريعة الاسلامية

المصدر الرئيسى للتشريع .

٢ - أن النص على اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع يعنى عدم جواز الرجوع إلى مصادر أخرى سواها، وقد يكون الرجوع إلى مصادر أخرى مقبولا لو أن النص الدستوري نص على اعتبار مبادئ الشريعة الاسلامية مجرد مصدر لا إعتبارها المصدر الرئيسى ...

وإذا كان من الممكن القول بأن عبارة «المصدر الرئيسى» تعنى أن هناك مصادر أخرى للتشريع، فإن هذه المصادر لم يرد ذكرها فى الدستور وإنما ورد فى تشريعات أخرى سواء أقل مرتبة منه كالقانون المدنى، وطالما ورد فى الدستور أن الشريعة المصدر الرئيسى للتشريع الوضعى، ولم ينص فيه على مصدر آخر سواها فى مرتبتها، فإن ذلك معناه بالقطع أن الشريعة الاسلامية هى المصدر ذو المرتبة الأعلى، وتعد المصادر الأخرى التى نصت عليها قوانين أخرى عادية أقل مرتبة من الدستور كالقانون المدنى أو التجارى أو الجنائى، مصادر ذات مرتبة أدنى لا يجوز لها أن تتعارض مع

مبادئ الشريعة الإسلامية ذات المرتبة الأعلى.^(٥)

- ونضيف إلى أسانيد هذه الحجة أن نص المادة الثانية من الدستور يعتبر قد ألغى جزئياً المادة الأولى من القانون المدني فقد جعل نص المادة الثانية من الدستور مبادئ الشريعة الإسلامية تتقدم المصادر الأخرى التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني، وعلى ذلك يكون نص الفقرة الثانية كالتالي بعد التعديل :

« فإذا لم يوجد نص تشريعي وضعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية »

٣ - أنه لا يصح القول أن المشرع الوضعي قد يحتاج إلى إستحداث أحكام من مصادر أخرى في أمور لم يستتبط الفقه الإسلامي حكماً لها لأن باب الاجتهاد في الشريعة الإسلامية مفتوح وعن طريقه يمكن استنباط حكم الشرع في كل ما يجد من أمور ويكون ذلك في ضوء القواعد العامة والمبادئ الكلية للشريعة والروح التي تسيطر على أحكامها.

٤ - إذا كانت الضرورات

العملية تحمل المشرع على سرعة وضع أحكام لتنظيم الأمور المسندثة دون إنتظار أحكام المجتهدين للحكم الشرعي فيها فإن ذلك لا يعنى أن يتغاضى المشرع الوضعي عن أحكام الشريعة أو يحيد عنها^(٦) بل عليه أن يضع هذه الأحكام مستلهما مبادئ الشريعة الإسلامية كأن يقيس على ما هو معلوم من أحكامها أو على الأقل يستنبط هذه الأحكام على أساس المصالح والمرسلة أى ما يحقق النفع أو يدفع المفسدة عن الجماعة وبما لا يتعارض مع نص في القرآن أو السنة^(٧).

وينتهى أصحاب هذا الرأي إلى وجوب ألا يتعارض التشريع الوضعي في مصر أو في أى دولة إسلامية - نص دستوراً على أن الشريعة الإسلامية مصدراً رئيسياً للتشريع - مع مبادئ الشريعة الإسلامية وإلا جاز الطعن في التشريع المتعارض مع تلك المبادئ بعدم الدستورية. وتستوى في ذلك التشريعات السابقة على نفاذ النص الدستوري أو اللاحقة عليه، وكذلك سواء أكانت تشريعات أساسية أو عادية أو إستثنائية أو فرعية.^(٨)

الاتجاه الثانى : النص الدستوري غير نافذ بذاته وهو مجرد توجيه إلى المشرع لحثه على إعادة النظر فى التشريعات القائمة :

وفقاً لمبادئ الشريعة الإسلامية، فيجب أن تصدر التشريعات الجديدة متوافقة مع تلك المبادئ وغير متعارضة معها^(٩) ويرى هذا الرأي أن الخطاب فى النص الدستوري موجه فقط إلى المشرع لا إلى الكافة ولا إلى القضاء، فهو خطاب يلفت نظر المشرع إلى وجوب إستلهام مبادئ الشريعة الإسلامية، وبهذه المثابة تكون مبادئ الشريعة الإسلامية ليس لها قوة إلزام القواعد القانونية إلا إذا تدخل المشرع وقتنها، أما قبل ذلك فإنها لا تعدو أن تكون مصدراً موضوعياً للتشريع.^(١٠)

وحرى بالذكر أن المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة قد إعتمدت هذا الاتجاه، فقضت فى الطعن رقم ٣٣٩ لسنة ٢٧ القضائية - بجلسة ٣ من إبريل سنة ١٩٨٢ - بأن الخطاب فى نص المادة الثانية من الدستور موجه إلى السلطة التشريعية لدراسة الشريعة الإسلامية دراسة شاملة

وتتولى بالتنظيم الأحكام التفصيلية مدنية كانت أم جنائية أو إقتصادية أو دولية أو غيرها. (١١)

ولذلك يذهب أنصار هذا الرأي إلى أن القاضي لا يسوغ له التحلل من تطبيق أية نصوص تشريعية بمقولة أن نص المادة الثانية من الدستور نافذ بذاته. (١٢)

فهذه النصوص ومثلها تظل قائمة ومعمول بها رغم ما قد يشوبها من خروج على أحكام الشريعة الإسلامية، وذلك إلى أن يتدخل المشرع لتغييرها وتطهيرها من عوارها، لأن إهدارها بعدم التطبيق بدعوى مخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية يؤدي إلى فراغ تشريعي وتباين في القواعد القانونية المطلوب تطبيقها على الوقائع المعروضة، ولا يتصور أن المشرع الدستوري قد قصد أو أراد ذلك. (١٣)

وفي داخل هذا الاتجاه رأى في الفقه يرى أن نص المادة الثانية من الدستور غير نافذ بذاته ويحتاج إلى تدخل المشرع ليحول مبادئ الشريعة الإسلامية - كمصدر موضوعي للتشريع - إلى مضمون تشريعي يمكن أن

يلتزم به القاضي. (١٤)

وفي دائرة هذا الاتجاه أيضا ذهب رأى آخر إلى حد القول أن الحكم الوارد بنص المادة الثانية من الدستور حكم تخيري لا وجوبي، وبالتالي تكون للمشرع سلطة تقديرية في إستلزام الأحكام من أية مصادر أخرى يراها أكثر ملاءمة لمقتضى الحال، وهو غير مقيد في ذلك بمبادئ الشريعة الإسلامية التي لا تصلح - في رأيه - سببا للطعن بعدم الدستورية باعتبار أن إختصاص المحكمة الدستورية العليا لا يمتد إلى رقابة مطابقة التشريعات لمصادرها الموضوعية. (١٥)

الاتجاه الثالث : تسويد مبادئ الشريعة الإسلامية ومراعاة أحكام الدستور :

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن نص المادة الثانية من الدستور لا يعنى تقييد المشرع بمبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها المصدر الوحيد للتشريع، ولكنه فقط يعنى أن المشرع الدستوري قدم مبادئ الشريعة وأعلامها على النصوص التشريعية التي تستنبط منها بطريق الاجتهاد والذي ينحصر نطاقه في

الأحكام الظنية (وهي غير قطعية الورد، أو الأحكام قطعية الثبوت مع ظنية دلالتها). ولا يمتد إلى الأحكام القطعية في ثبوتها وفي دلالتها، وهو إجتهد يتم بالاعتماد على الأدلة الشرعية المختلفة سواء المتفق عليها (كالقرآن الكريم والسنة الشريفة) أم المختلف بشأنها (كالاستحسان والعرف) وفي ذلك ما يسمح للمشرع باقتباس نظم غير معروفة في الشريعة الإسلامية إذا أقام الدليل على إعتبارها، وكانت هناك مصلحة في إتباعها. وذلك طالما أنها لا تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية. (١٦)

وبعد أن انتهينا من عرض الاتجاهات الثلاثة في خصوص دلالة نص المادة الثانية من الدستور بقى أن نورد رأينا الخاص في هذا الشأن - ونسبق ذلك ما يعن لنا من ملاحظات على تقرير لجنة مجلس الشعب الخاصة والتي شكلت بغرض تعديل بعض أحكام الدستور ومنها المادة الثانية والذي ذكرنا جزءاً منه فيما سلف، وسيكون ذلك هو موضوع المبحث التالي .

المبحث الثاني

رأينا الخاص في دلالة نص المادة الثانية من الدستور

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

الأول : في التعقيب على رأى اللجنة كما ورد في تقريرها.

والثانى : فى رأينا فى الدلالة الحقيقية للنص الدستورى، وذلك على التوالى.

المطلب الأول

تعقيب على رأى لجنة مجلس الشعب الوارد فى تقريرها

بمطالعة تقرير اللجنة - ومنذ الوهلة الأولى - ندرك أنه خلط بين مفهوم أو مضمون الشريعة الإسلامية ومفهوم أو مضمون الفقه الإسلامى وبالتالى فقد أدى هذا الخلط إلى الخلط بين مصادر كل منهما ...

فالشريعة الإسلامية هى منهج الله أو هى - من قبيل التجاوز - الأحكام الشرعية الواردة فى القرآن الكريم وفى الأحاديث النبوية الشريفة الصحيحة، أما الفقه الإسلامى فهو آراء الناس وأحكامهم

وفتاواهم وما إلى ذلك. ويعنى ذلك أن القرآن والسنة هما مصدر الشريعة الإسلامية الواردة فى القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة - وهى فى ذلك تختلف عن الفقه الإسلامى الذى يقصد به مجموعة الأحكام التى يستنبطها الفقهاء ومبادئها العامة^(١٧).

ولقد أدى الخلط بين مفهوم الشريعة الإسلامية ومفهوم الفقه الإسلامى إلى أن خلط غالبية الفقه بين مصادر الأحكام الشرعية ووسائل الاستدلال على هذه الأحكام أو طرق الاستنباط من تلك المصادر وهذا الخلط جعل غالبية الفقه يطلب لفظ «مصادر» على القياس والاستدلال والاستصحاب وسموها مصادر شرعية أو أدلة شرعية، مع أن الأحكام الشرعية جميعها مصدرها الوحي برافديه : القرآن والسنة - سواء كانت منصوباً عليها أم لم ينص عليها ولكن أمكن استنباطها والتوصل إليها بالاجتهاد .

ومعنى ما سبق أن الشريعة الإسلامية لا تطلق إلا على الأحكام المشرعة بالنصوص

فقط سواء كان مصدرها القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة أما آراء الفقهاء ومذاهبهم المختلفة والمتنوعة وما قرره هؤلاء من أحكام وقواعد غير منصوص عليها . وكانت ثمرة للاستنباط والاستدلال من مصدرها الأصيل (الوحي) فلا يصح أن يطلق على هذا النوع من الأحكام المستنبطة أنها شريعة إسلامية، وإنما هى مذاهب إسلامية أو قواعد فقهية، وسواء أكانت تلك الأحكام المستخلصة بالاجتهاد تأميلاً لنص ظن الدلالة أو استنباط لحكم مسألة لم يرد منها نص قطعى الثبوت.^(١٨)

ومفاد ما سبق أنه لا يصح - فى رأينا - إطلاق لفظ «مصادر» إلا على القرآن والسنة فقط أى على النصوص الشرعية أما ما عدا ذلك فهى ليست مصادر بالمعنى الفنى الدقيق بينما هى وسائل استنباط أو استدلال أو هى طرق للاجتهاد بقصد التوصل إلى الأحكام الشرعية من مصدرها الأصيل والوحيد وهو الوحي برافديه من القرآن والسنة .

ومفاد ما سبق أن اللجنة التى شكلها مجلس الشعب

والتي ناقشنا تقريرها بشأن تعديل المادة الثانية من الدستور قد فهمت المقصود «بمبادئ الشريعة الإسلامية» على أنه القواعد الكلية المشتركة بين مذاهب الفقه الإسلامي المختلفة ولم تقصره على مجموعة الأحكام الواردة بالكتاب والسنة فقط^(١٩).

المطلب الثاني

وجهة نظرنا في الدلالة الحقيقية لنص المادة الثانية من الدستور

في ضوء المحاولات الشعبية السابقة على وضع النص الدستوري للمادة الثانية. وبوحي المناقشات التي دارت بشأنها والتي أسفرت عن تعديله إلى جعل «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع» بدلاً من «مصدر رئيسي» نرى أن الدلالة الحقيقية لهذا النص تعني :

أولاً : أن المشرع الدستوري قصد بعبارة «مبادئ الشريعة الإسلامية» مجموعة النصوص الشرعية التي وردت في القرآن والسنة ، فتلك النصوص فقط هي التي تشكل الشريعة

الإسلامية الخالدة ، أما ما عدا ذلك من إجتهاادات الفقه في سبيل التوصل للأحكام فهي لا تصل إلى مرتبة النصوص حتى ولو كانت تلك الاجتهاادات بشأن نصوص غير قطعية الدلالة أو الثبوت، فهي لا تعدو أن تكون آراء فقهية في شأن بعض المسائل وإن كانت ثمرة دراسة عميقة لكتاب الله وسنة رسول الله ﷺ ، فقد تأثرت تلك الفتاوى والآراء الفقهية المستنبطة بالطريقة التي يعالج بها كل مجتهد موضوعه وكذلك بأسلوب فهمه الخاص للقرآن والسنة، وكذلك بالبيئة العقلية والاجتماعية التي سادت عصره، مما يجعل هذه الفتاوى والآراء في النهاية إنعكاسات لزمع معين أو مواجهة لحالة اجتماعية أو إقتصادية محددة^(٢٠).

والعلة في قصر مبادئ الشريعة الإسلامية على النصوص فقط وبالتالي حصر الالتزام في دائرة هذه النصوص فقط، أن النصوص الشرعية أتت بالأحكام الكلية والمبادئ العامة في كافة شئون ومجالات الحياة، بمعنى أن الله سبحانه وتعالى لم يقرر إلا الأحكام الكلية،

وفي الغالب الأعم لم يقرر أحكاماً جزئية أو تفصيلية، وبالقطع لم يكن هذا سهواً منه أو تقصيراً - فهو سبحانه وتعالى منزّه عن ذلك - وإنما ترك تلك التفصيلات لكل حسب ظروفه وما يناسبه من حيث المكان وملابسات الزمان ، ولمقابلة الحاجات المتغيرة والمتطورة وبما يتلاءم معها في إطار تحقيق مقاصد الشريعة العامة وفي دائرة قواعدها الكلية والروح التي تسيطر عليها^(٢١).

ومعنى ذلك أن العلة في ترك هذه المساحة التشريعية الواسعة بدون وضع قواعد أو تقرير أحكام شرعية تفصيلية من لدنه سبحانه وتعالى إنما هو تحقيق الحياة الدائمة والحيوية المستمرة للتشريع الإسلامي، وبعث القدرة فيه على مواجهة ما قد يستجد من أمور أو ما يطرأ من مسائل أو ما يلح من حاجات اجتماعية قد تختلف من مكان إلى مكان ومن زمان إلى زمان وهذا في ذاته مظهر من مظاهر الكمال والشمول الذي يتصف به المشرع الأعظم سبحانه وتعالى^(٢٢).

ومفاد ما سبق أيضاً أن المشرع سبحانه وتعالى لم يشأ

أن يغطي تلك المساحة التشريعية بالأحكام التفصيلية بل شاء أن يتركها شاغرة هكذا من ثمة أحكام جزئية أو تفصيلية حتى يفسح المجال أمام كل جيل وفي كل الأزمان أن يواجه ما يستجد من حاجات بما يمكنه من مقابلتها أو تحقيقها بسهولة ويسر وبدون قيود مسبقة تحد من حركته ومقاصده .

ومن هنا وجب أن تكون تلك العلة السابقة هي ذات الضابط والمرشد لنا في تفسير النصوص خاصة ما يتعلق منها بأحكام الشريعة الإسلامية مثل تحديد المقصود بتعبير «مبادئ الشريعة الإسلامية» الذي نحن بصددده . وهذا يعني أن تلك المساحة الشاغرة والتي لم تقرر الشريعة الإسلامية أحكاماً جزئية أو تفصيلية، فإذا حدث وتم شغل تلك المساحة التشريعية الخالية بالتشريعات أو الأحكام التي تغطيها أو تشغلها في زمن ما - فإنه لا يجوز - لذات العلة التي توخاها الشارع سبحانه وتعالى - أن نلزم بها جيل أو أجيال أخرى، بل أن ذات العلة تقتضي أن يترك سن ما يغطي تلك المساحة لظروف كل مكان أو زمان أو جيل من

الأجيال. حسب اختلاف الأحوال وتباين البيئات وتقلب وتبدل وتطور ظروف المعيشة ... وإلا لو قلنا بخلاف ذلك أي لو قلنا بالزام إجتهادات وآراء الفقه في وقت من الأوقات أو عصر من العصور على اعتبار أنها ضمن المقصود بمبادئ الشريعة الإسلامية، فإننا بذلك الالزام والتوسع في مفهوم ومضمون مبادئ الشريعة الإسلامية، نكون قد إنحرفنا عن الحكمة الشرعية والعلة التشريعية التي من أجلها ترك الله سبحانه وتعالى تلك المساحة التشريعية - المشغولة بآراء وإجتهادات الفقه - بدون تقرير أحكام تفصيلية من لدنه سبحانه وتعالى دون أن يفصل أحكاماً لها .

ثانياً : أن النص الدستوري محل البحث رتب إلزاماً على المشرع وهو ضرورة الرجوع إلى مبادئ الشريعة الإسلامية - بالمفهوم السابق - ليضمنها ما يسنه من تشريعات ، وهذا يقتضي بالضرورة أنه إذا لم يفعل ذلك وإنما لجأ إلى مصادر أخرى بحيث يأتي التشريع الوليد مخالفاً تلك المبادئ أن يكون

هذا التشريع غير دستوري ، ويحق الطعن عليه بعدم الدستورية، وتفسير ذلك أن النص الدستوري قد أعلى مبادئ الشريعة الإسلامية وجعلها وحدها المصدر الرئيسي للتشريع ، ولم ينص الدستور في صلبه على مصادر أخرى سواها ، ومن ثم كانت المصادر الأخرى - التي نصت عليها قوانين عادية كالقانون المدني أو الجنائي أو غيرهما - مصادر ذات مرتبة أدنى لا يجوز لها أن تتعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر ذو المرتبة الأعلى. فنصوص القوانين العادية لا يجوز أن تتعارض أو تخالف النصوص الدستورية. (٢٣) .

ويرى جانب من الفقه ذات المعنى، وإن كان يقرر أن صياغة المادة الثانية من الدستور جاءت غير موفقة من ناحية ومبهمه من ناحية أخرى - ونحن معه - فالنظام الإسلامي لا يعرف إصطلاح «مبادئ الشريعة الإسلامية» بل يعرف ما يسمى «الأصول والفروع» ويرى هذا الرأي الفقهي أن المادة الثانية من الدستور تحيل إلى هذا المفهوم الثابت من النظام القانوني الإسلامي وتقضي قواعد

الإحالة الرجوع إلى النظام ككل من حيث الشكل والموضوع والمفهوم، وكما تفسر لفظة «مصدر أساسي» أن يكون غيرها ثانوى بالنسبة لها، وفي النهاية يقرر هذا الرأي أن ذلك هو المعنى المرتبط بأصل المادة وحقيقتها كما أرادها وصاغها المشرع الدستوري، وحسب نيته، ويرى كذلك أن هذا التفسير لما ورد بالمادة الثانية يؤدي إلى تخطيط الأوضاع وعدم التناقض والتناقض^(٢٤).

ثالثاً : أن النص الدستوري سالف البيان لم يرتب الالتزام على المشرع فقط بضرورة عدم الخروج على مبادئ الشريعة الإسلامية فيما يسنه من تشريعات ووجوب أن يضمن تلك التشريعات الأحكام المستوحاه من تلك المبادئ، ولكن النص الدستوري رتب ذات الالتزام على القاضي الجنائي أيضاً مثله في ذلك مثل المشرع تماماً على اعتبار أن الشريعة الإسلامية مصدر المشروعية العليا في البلاد^(٢٥).

ونؤيد ما نذهب إليه بحكم جرىء لمحكمة النقض بتاريخ ١٩٧٥/٦/٢٢ حيث قررت أن حجية الشيء المحكوم فيه لا

تحول دون تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها المشروعية الإسلامية العليا التي يؤمن بها الشعب إيماناً عاماً . وبهذا الوصف فإن جميع النصوص - حتى الدستورية - تدين لهذه المشروعية العليا وتؤمن بها . وتتقيد بها ولا يجوز أن تخالفها ، وتعتلى هذه المشروعية مكانة فوق النصوص، ولذلك فهي تعتبر بمثابة حتمية عليا فوق إرادة المشرع^(٢٦).

فالقاضي باعتباره المطبق للقانون، عليه عند التعارض بين القوانين، خاصة عندما يكون أحدها أعلى مرتبة - في سلم تدرج القواعد القانونية - أن يعلى الأعلى مرتبة ويكون ذلك بتطبيقه وإهمال القانون الأدنى مرتبة، وتوجب ذلك مقتضيات المشروعية في تطبيق القوانين والتي بدورها تقتضى أن يطبق القاضي مبادئ الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون الأساسي^(٢٧).

ومفاد ما سبق بشأن إلزام النص الدستوري للقاضي، أن الرقابة الدستورية من طبيعة عمل القاضي، لأن وظيفته الأساسية تطبيق القانون

وبالتالى فمن واجبه وهو فى سبيل أدائه لوظيفته والقيام بواجبه التقيد بقوانين البلاد العادية وأيضاً القانون الأساسى للدولة باعتباره أعلى القوانين فهو يعلو القوانين العادية، ومن ثم فإذا تعارض نص القانون العادى مع نص فى الدستور وجب على القاضى حائذ الامتناع عن تطبيق القانون العادى والأخذ بحكم النص الدستورى، أو على الأقل إحالة الدعوى برمتها إلى المحكمة الدستورية العليا للبت فى أمر النص العادى المخالف للنص الدستورى. والقاضى فى أى من الحالتين لا يتجاوز حدود سلطته ولم يخرج عن دائرة واجبه، فهو لا يلغى القانون العادى المخالف للدستور، وإنما هو فقط يطبق القانون الأعلى طبقاً لدرجته^(٢٨).

رابعاً : أن النص الدستورى محل البحث نافذ بذاته، وبالنسبة لكافة التشريعات سواء السابقة على تاريخ نفاذه أم اللاحقة عليه، فمن المسلم به أن الشريعة الإسلامية هى مجموعة قواعد سلوك إجتماعى يتوافر لها خصائص القاعدة القانونية المتعارف عليها لدى رجال

الشرعية والقانون على
السواء^(٢٩).

فالشرعية الإسلامية أتت
بنصوص في الحكم والسياسة
والاقتصاد والمعاملات
والعلاقات الدولية في السلم
والحرب، وعلى ذلك فإذا كان
غالبية الفقه من رجال القانون
يتجه إلى جعل عقيدة الالتزام
عنصرًا من عناصر القاعدة
القانونية، فإنه بلا شك ومن
باب أولى يتوافر هذا العنصر
في قواعد الشرعية الإسلامية
وتفسير ذلك أن مصدر أحكام
الشرعية الإسلامية هو الله جل
شأنه، في حين أن مصدر
أحكام القوانين الوضعية غير
المستمدة من الشرعية
الإسلامية هم البشر الذين
يتولون وضع هذه
التشريعات^(٣٠).

وعلى هدى ما سبق يمكننا
بتقرير أن مبادئ الشرعية
الإسلامية تنطوي على قوة
الالتزام ذاتية وفقا للدستور،
ويتعين نفاذ تلك المبادئ على
الفور وبالنسبة لكافة
التشريعات السابقة أو اللاحقة
على نفاذ النص الدستوري
وهذا يعني أن القضاء له أن
يحكم بعدم مشروعية أو
دستورية القوانين التي
تتعارض مع مبادئ الشرعية

الإسلامية، وذلك لكونها قواعد
قانونية واجبة النفاذ بذاتها
قوراً.

ومفاد ما سبق وبطريقة
اللزوم الفعلي أن النص
الدستوري القاضي بأن مبادئ
الشرعية الإسلامية المصدر
الرئيسي للتشريع يكون قد
نسخ من التشريعات الوضعية
ما يتعارض مع مبادئ
الشرعية الإسلامية^(٣١).

ويكفي للتدليل على النفاذ
الفوري لحكم النص الدستوري
سواء على التشريعات السابقة
على نفاذه أم تلك اللاحقة عليه
أن ذلك النفاذ يعتبر تطبيقاً
للمبادئ الأصولية المستقرة
التي لا خلاف عليها وهذه
المبادئ هي :

الأول : أن المادة الثانية من
الدستور تُعد من النظام العام
باعتبارها واردة في صدر
الدستور خاصة بعد الاستفتاء
عليها بالصياغة الجديدة،
ونص هذه المادة نص أمر
للمشرع الوضعي بمعنى أنه لا
تجوز مخالفته، ولا تتحقق
طاعة هذا النص إلا بإصدار
تشريعات عادية متفقة مع
مبادئ الشرعية الإسلامية من
حيث المضمون والفحوى^(٣٢).

وتفسير ذلك أن القاعدة

الأمر هي تلك التي لا يجوز
الاتفاق على ما يخالف الحكم
الذي تقرر، وكل إتفاق على
ما يخالف حكمها يعتبر باطلاً
لا أثر له، ولما كانت حكمة
القاعدة الأمر تتجلى في أنها
تنظم مسألة شديدة الصلة بنظام
الجماعة كوحدة لها كياناتها
المستقلة عن كل فرد من
أفرادها لذلك فإن القاعدة
الأمر تتعلق بالنظام العام
باعتبارها قاعدة تمس الأسس
الجمهورية للبيان القانوني
للمجتمع سواء الأسس
السياسية أو الاقتصادية أو
الاجتماعية أو الخلقية،
ويترقب في النهاية على توافر
مجموعة هذه الأسس كيان
المجتمع وبقاؤه.

والفقه مستقر على المعايير
السابقة باعتبارها ترسم ملامح
النظام العام وتشكل في ذات
الوقت جوهره، وهو مستقر
كذلك على أن قواعد القانون
العام لا سيما نصوص الدستور
تعتبر متعلقة بالنظام العام،
وبالتالي فهو بحسب طبيعتها
أنواع أمر لكونها تتعلق كلها
بكيان المجتمع وأسس
الاجتماعية والاقتصادية
والسياسية وهذا مستقر تمام
الاستقرار في وجدان الفقه
رغم عدم وجود تعريف محدد

لفكرة النظام العام^(٣٢) .

ومفاد ما سبق أن القاعدة الدستوية باعتبارها تمس الأسس الجوهرية للبناء القانوني للمجتمع وباعتبارها قواعد أمرة متصلة اتصالاً وثيقاً بالنظام العام وباعتبارها أخيراً من قواعد القانون العام فإنه لا يجوز والوضع كذلك - وعلى نحو ما سلف بيانه - لقاعدة أدنى منها أن تأتي بحكم يخالف حكمها .

ومن هنا أمكن القول أن إرادة المشرع - وهو المعبر عن إرادة المجموع - مقيدة بجوهر النظام العام الذي يقوم على أساس بناء المجتمع وكيانه. وبصرف النظر عن الأيديولوجية التي يؤمن بها المشرع الوضعي، طالما أن المشرع الدستوري قد عبر عما يريده في صدر هذه المادة، ونص صراحة على أن «مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع».

وعلى هدى ما سبق جميعه فإنه لا يمكن القول بأن صياغة المادة الثانية من الدستور - على وضعها الحالي - تفيد فقط جانب العقيدة من حيث الالتزام ونطاقه، وإنما بالقطع

أن المشرع الدستوري قد قصد أيضاً توسيع نطاق الالتزام ومده ليشمل جانب المعاملات بهدف بناء نظام قانوني كامل يقوم على مبادئ الشريعة الإسلامية، فلو كان المشرع الدستوري ينوي قصر الالتزام على جانب العقيدة فقط لأظهر ذلك في صياغة النص ولا اقتصر على القول بأن «دين الاسلام دين الدولة» ولكنه نص في الشق الثاني من ذات المادة على أن «..... مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع» ومعنى هذا أن المشرع الدستوري قصد وبصراحة تقييد حرية المشرع العادي فيما يسنه من تشريعات بعدم مخالفة المادة الثانية من الدستور والتي تعتبر كما قررنا أنها من قواعد النظام العام، والمادة محل البحث صريحة الصياغة في إعلاء المشروعية الإسلامية العليا بقصد تحقيق تماسك فكرة النظام العام وعدم تمزيقها^(٣٤) .

والقول بغير ذلك يؤدي إلى تجزئة فكرة النظام العام، بمعنى أن الأخذ بالرأى القائل بقصر نفاذ حكم النص الدستوري على التشريعات اللاحقة لنفاذه دون السابقة

عليه، يؤدي إلى تمزيق فكرة النظام العام لكونه يسبب نوعاً من الانقسام القانوني. ومن ثم كان على المحكمة أن تقضي من تلقاء نفسها بالتشريعات الخاصة بالنظام فنتطبقها من تلقاء نفسها^(٣٥). ووجوب تطبيق أحكام القانون الجديد المتعلقة بالنظام العام بأثر فوري^(٣٦) .

الثاني : والمبدأ الثاني الذي تؤيد به ما نذهب إليه هو أن نص المادة الثانية من الدستور قد ألقى كافة النصوص التشريعية المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية فمقتضى تعارض أحكام التشريعات العادية مع نص الدستور محل البحث هو أن النص الدستوري باعتباره النص الأعلى مرتبه والأقوى قد ألغى ضمناً كافة النصوص المتعارضة معه^(٣٧) .

الثالث : أما المبدأ الثالث الذي نبرهن به على صدق ما نذهب إليه فهو مبدأ أعمال الأثر الفوري للقوانين وهذا ما يعرف - في لغة القانونيين - بقاعدة عدم سريان التشريع على الماضي. ومضمون هذا المبدأ أن القانون الجديد يسرى على كل ما يقع ابتداء من وقت

العمل به، إلا أنه إستثناء من مبدأ عدم الرجعية تطبق القوانين المتعلقة بالنظام العام بأثر رجعي .

وهذا هو ما ذهبت إليه محكمة النقض في العديد من أحكامها فبعد أن قررت أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر على الوقائع التي تقع بعد نفاذه ولا يجوز سريانه بأثر رجعي على الوقائع السابقة عليه إلا إذا تقرر ذلك بنص خاص، ذهبت إلى سريان أحكام القانون الجديد على العقود التي أبرمت في ظل قانون قديم متى كان ذلك القانون الجديد متعلقا بالنظام العام^(٣٨) .

وخلاصة رأينا في دلالة النص الدستوري أن الالتزام بمبادئ الشريعة الإسلامية يقع على عاتق المشرع والقاضي على السواء وأيضا على كل من له علاقة بتطبيق القانون وتفسيره، فمبادئ الشريعة الإسلامية قواعد قانونية بالمعنى الدقيق ولها صفة الالتزام الذاتي. ولذلك فهي واجبة التطبيق والنفوذ الذاتي دونما حاجة إلى انتظار تقنيات تقنن هذه المبادئ في تشريع عادي، كما أن نفاذ مبادئ الشريعة الإسلامية

الذاتي يجب أن يكون بالنسبة لكافة التشريعات سواء السابقة على تاريخ نفاذ النص الدستوري للمادة الثانية أو اللاحقة عليه .

المبحث الثالث

في حكم

التشريعات الوضعية
المخالفة لمبادئ الشريعة
الإسلامية

انتهينا فيما سبق إلى أن المشرع والقاضي كذلك بحكم نص المادة الثانية ملتزمان بمبادئ الشريعة الإسلامية - بالمفهوم الذي حددناه - ويقتضي التزام المشرع بتلك المبادئ ألا يخالف نصوص الشريعة الإسلامية أو قواعدها الكلية ومبادئها العامة فيما يسنه من تشريعات وألا يأتي بما يتعارض معها... وإلا كان التشريع غير شرعي وغير دستوري في أن واحد ويكون حكم مثل هذا التشريع البطلان ويمتنع على القاضي الجنائي تطبيقه^(٣٩) .

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

الأول : نطاق بطلان ما يخالف الشريعة الإسلامية .

والثاني : ما يترتب على

بطلان التشريعات المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية. وذلك على التوالي .

المطلب الأول

نطاق بطلان التشريعات
المخالفة للشريعة الإسلامية

من مقتضيات مبدأ الشريعة العليا ألا يخرج التشريع الوضعي عن مصدر هذه المشروعية وهو الوحي، فأى خروج على الأحكام الشرعية هو خرق للمشروعية، وأساس للقضاء ببطلان التشريع أو التصرف المخالف لتلك الأحكام وذلك إعمالاً لحكم نص المادة الثانية من الدستور القاضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع .

وإذا كان ما يخالف مبادئ الشريعة الإسلامية من قانون أو لائحة أو قرار بالحل بطلانا مطلقا ، إلا أن هذا البطلان لا ينصب على كافة نصوص القانون أو اللائحة أو القرار ، إنما ينصب البطلان فقط على النصوص المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية دون سواها .

ويرى رأى في الفقه الجنائي أنه طبقاً لنظرية

الشريعة الإسلامية في البطلان أن النص الواحد قد يكون باطلاً في بعض الحالات وغير باطل في حالات أخرى، ويعنى بذلك أن النص التشريعي الوضعي لا يعتبر باطلاً في كل الحالات أو بصفة مجردة . وإنما فقط هو باطل في الحالات الواقعية التي يخالف فيها أحكام الشريعة الإسلامية في الحالة المعروضة. ومن أمثلة ذلك (٤٠).

ما قرره الشريعة الإسلامية من عقوبات لجريمة الزنا ، فالعقوبة تكون الرجم في حالة زنا المحصن، وتكون الجلد في زنا غير المحصن، والزنا شرعاً هو إدخال الحشفة أو مقدارها في الفرج، فما كان دون ذلك فلا حد فيه، وإنما يجب توقيع عقوبة التعزيز، بمعنى أن الشروع في الزنا ومقدمات الزنا من قبلة وعناق وملامسه لا يعاقب عليه بالحد وهو الرجم كما أن الفعل العام لا يعاقب عليه بعقوبة الحد إذا درى الحد بشبهة أو كان الجاني صغيراً، أو بمعنى آخر أن الحد يجب أن يقع في حالة الجريمة التامة فقط وإذا لم توجد شبهة تدرأ الحد . ومن هنا فإن التشريع الوضعي

الذي يقرر عقوبة أخرى في هذه الحالة غير عقوبة الحد يعتبر مخالفاً للشريعة الإسلامية ، أما في حالة الجرائم التامة التي درى فيها الحد لوجود شبهة وكذلك الجرائم غير التامة فعقوبتها التعزيز طبقاً لأحكام الشريعة الإسلامية، وأمر تقدير تلك العقوبة متروك للهيئات التشريعية الحاكمة من حيث نوعها ومقدارها. ومن ثم فإن العقوبات المقررة على هذا النحو تعتبر عقوبات تعازير عن الأفعال التي لا يعاقب عليها بعقوبة الحد المقررة طبقاً لأحكام الشريعة .

ويخلص هذا الرأي في النهاية أن نصوص قانون العقوبات (الوضعي) تنسم بالبطلان فقط في كل حالة واقعية يجب فيها توقيع عقوبة الحد، بينما تكون ذات النصوص - الوضعية - صحيحة وغير باطلة في الحالات الأخرى التي تستوجب الجريمة توقيع عقوبة التعزيز كأن تكون الجريمة مجرد شروع أو جريمة تامة لكن يوجد شبهة دارنه لتوقيع الحد (٤١) .

والحرى بالذكر أن

المرحوم الاستاذ عبد القادر عودة لا يحكم على التشريع (النص) بالبطلان أو الصحة

إلا حالة تطبيقه على الحالة الواقعية لا بعد أن تصدره السلطة المختصة بالتشريع . ونحن نختلف مع الفقيه الكبير في تفاصيل هذا الرأي وأساسه. فنرى أن القانون أو التشريع إما أن يصدر باطلاً أو صحيحاً، ويستخلص ذلك الحكم من مطابقة التشريع الوليد لمبادئ الشريعة الإسلامية وما تقرره من أحكام للموضوع المشرع له، ومن ثم فإننا نرى أن البطلان يتقرر للتشريع منذ اللحظة التي يخرج فيها إلى عالم الوجود ويكتسب فيها قوة النفاذ سواء ثارت الحاجة إلى تطبيقه أو لم تثر طالما ربت فيه الحياة وأصدره من له سلطة إصداره وأصبح واجب التطبيق، منذ تلك اللحظة يتقرر البطلان للتشريع المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية .

ومن ثم فإننا لا نوافق المرحوم الاستاذ عبد القادر عودة فيما ذهب إليه من أن النص الواجب قد يكون باطلاً في حالة وغير باطل في حالات أخرى حيث ذهب إلى

أنه في حالة ما تكون العقوبة الواجبة التطبيق هي العقوبة الحدية - حسب الحالة الواقعية المعروضة - يكون النص الوضعي باطلاً لأنه يقرر عقوبة غير العقوبة الشرعية المقدرة من لدن الشارع سبحانه وتعالى ، أما في حالة ما تستوجب الحالة الواقعية توقيع عقوبة التعزيز فإن النص الوضعي في هذه الحالة يكون صحيحاً لأنه يقرر عقوبة من قبيل العقوبات التعزيرية المتروك تحديد نوعها ومقدارها لولى الأمر ... ونحن نقرر النص الوضعي في الحالتين هو نص غير شرعي لأنه كما سلف القول ولو نصاً باطلاً وأصدر وهو كذلك ولا يمكن القول بأنه

صحيح في بعض الحالات وباطل في بعض الحالات الأخرى لأن نية المشرع الوضعي وغايته من المعالجة التشريعية قد إتجهت نحو عدم تضمين النص الوليد ما تقضى به مبادئ الشريعة الإسلامية من أحكام في الموضوع الذي وضع النص له .

ومعنى ما نذهب إليه أن المشرع الوضعي قد تساوى لديه الحالات التي يجب توقيع العقوبة الحدية فيها . وتلك

التي لا يجب توقيع العقوبة الحدية بشأنها وإنما توقع عقوبة التعزيز . كما في حالة الجريمة غير التامة ، أو الجريمة التامة التي يتوافر في شأنها شبهة تدرأ الحد .

والدليل على ما نقول أن النص الوضعي واجب التطبيق واحد في الحالتين وهو الذي يوقع على واقعات الزنا جميعها - في المثال الذي نناقشه - سواء تلك التي تستوجب توقيع عقوبة الحد - في نظر الشريعة - أم تستدعي توقيع عقوبة تعزيرية ، وذلك ثابت للنص منذ ولادته أى منذ لحظة خروجه من ذهن المشرع وصياغته وإستكمال إجراءات إصداره ونفاذه . وبالقسط فإن هذه اللحظة سابقة على تطبيق القانون (النص) على الحالات الواقعية ، وهذا يعنى بل يؤكد أن البطلان أو الصحة إنما هو حكم نخلعه على النص فور صدوره وإصداره وقابليته للنفاذ لا بعد تطبيقه أو مقارنته بالحالة الواقعية المعروضة .

ويرتب الرأى السابق - الذى نناقشه - ذات النتيجة التي توصل إليها على كافة الجرائم الحدية الأخرى ، ففي رأيه أن السرقة العادية

عقوبتها القسط في الشريعة الإسلامية وعقوبتها الحبس في القانون الوضعي ، ولكن حد القسط لا يجب الا في حالة ما تكون الجريمة قد وقعت تامة وتوافر بشأنها شروط الحد . أما إذا كانت الجريمة غير تامة والعقوبة المقررة في قانون العقوبات الوضعي هي عقوبة تعزيرية ، فتكون نصوص القانون الوضعي في مجال جريمة السرقة باطلة في كل حالة واقعية تكون فيها السرقة تامة حيث أن الشريعة تعاقب على الواقعة في هذه الحالة بالقسط لا الحبس . وبينما تكون تلك النصوص الوضعية صحيحة في كل سرقة تعاقب عليها الشريعة الإسلامية بالتعزير .

وينطلق الرأى السابق الذى ننتقده من مفترض محل نظر وهو أن القانون الوضعي يأخذ بتقسيم العقوبات إلى حدية وتعزيرية ، مع أن القانون الوضعي لا يعرف هذا التقسيم ، ولذلك فإننا نقرر أن النص الوضعي - في حالة جرائم الحدود عموماً - باطل بطلاناً مطلقاً وعاماً ، وليس مجرد بطلان في حالة وعدم بطلان في حالة أو حالات أخرى . ونقول بذلك لسبب في

غاية الوضوح والبساطة. وهو أن الشريعة الإسلامية نظراً لأنها تعتنق هذا التقسيم أي تقسيم الجرائم إلى جرائم الحدود والقصاص وجرائم التعازير، بل أنه تقسيم خاص بها وحدها فإن عقوبة التعزير في انظام الإسلام لا توقع إلا في نوعين فقط من الجرائم أو بمعنى أصح في حالتين فقط. الجرائم غير مقدرة العقوبة من قبل الشارع سبحانه وتعالى سواء بنص من القرآن أو نص من السنة أو الجرائم مقدرة العقوبة السابقة - وذلك في حالتين : الأولى : ألا تكون الجريمة تامة والثانية : أن تكون الجريمة تامة ولكن توجد شبهة ندرأ الحد . ففي الحالتين لا توقع العقوبة الحدية وإنما توقع عقوبة تعزيرية.

أما بالنسبة للقانون الوضعي فإنه في مجال تقسيم الجرائم فإنه لا يعرف التقسيم الذي إنتهجه الفقه الإسلامي. ومعنى ذلك أن الحالات الواقعية أي الجرائم الحدية التي لا توقع فيها عقوبة الحد لوجود شبهة دارنه، أو الجرائم غير التامة وإنما توقع عقوبة التعزير، معنى ذلك أن هذه الطوائف من الجرائم في مفهوم القانون الوضعي لا

توقع بشأنها عقوبة خاصة حالة درء الحد بالشبهة إذ معنى وجود شبهة أن الجريمة غير ثابتة يقينا بل يحوط الشك أدلة الإثبات المقدمة وهذا معناه القضاء بالبراءة لأن الشك يفسر لصالح المتهم وأن الأصل في الإنسان البراءة . وهذا هو جوهر الخلاف وأساس الفرق بين الشريعة والقانون كما أنه من ناحية أخرى جوهر الخلاف بين ما نقول به وما يقول به الفقيه الإسلامي الكبير المرحوم عبد القادر عودة، ومعناه أن الشريعة الإسلامية في حالة درء الحد بالشبهة في السرقة أو الزنا مثلا توقع عقوبة تعزيرية، أما في القانون الوضعي - ففي ذات الحالات - فإن درء الحد بالشبهة يعنى براءة الجاني، أو بمعنى آخر أكثر وضوحاً أن العقوبة الوضعية المقررة بالنص الوضعي - طبقاً للرأي السابق - لا توقع إلا في حالة الثبوت اليقيني فقط أما في حالة وجود شبهة فلا عقوبة . وهذا معناه أخيراً أن كل الحالات التي لا توقع فيها العقوبة الحدية في الشريعة الإسلامية وإنما توقع عقوبة التعزير. في كل هذه الحالات

يفسخ القانون الوضعي المجال للقاضي أن يقضى بالبراءة بل يوجب عليه ذلك لعدم ثبوت التهمة ثبوتاً يقينياً أو لمجرد الشك في ذلك، ومن ثم أمكن القول - بل وجب - أن النص الوضعي المخالف لمبادئ الشريعة الإسلامية باطل مطلقاً، وليس في حالة دون أخرى وذلك لعاملين هامين هما :

الأول : أن انظام الوضعي لا يعرف إلا نوع واحد من العقوبات التي يقررها أو يعرفها النظام الإسلامي، وهو عقوبات التعازير أما النظام الإسلامي فهو يختلف عنه تمام الاختلاف إذ يعرف نوعاً آخر لا يعرفه القانون الوضعي ألا وهو العقوبات الحدية وعقوبته القصاص والدية، وهذا الخلاف الجوهرى أدى إلى خلاقات أخرى جزئية بين أحكام النظامين الوضعي والإسلامي .

والثاني : أن أثر الشبهة في توقيع العقوبات، يختلف اختلافاً جوهرياً في أحد النظامين عن النظام الآخر، ففي النظام الإسلامي تعنى الشبهة في توقيع الحد منع توقيعه ووجوب توقيع عقوبة أخرى تعزيرية، وهذا معناه أن

الجاني لا يفلت من العقاب مطلقاً فإذا وجدت شبهة تمنع توقيع العقوبة الحدية يجب أن توقع عقوبة من نوع آخر هي العقوبة التعزيرية .

أما في النظام الوضعي فإن وجود الشبهة يعني عدم ثبوت الجريمة ثبوتاً يقينياً، أو بمعنى آخر الشك في ثبوت التهمة مما يجب معه القضاء ببراءة المتهم وإفلات الجاني نهائياً من العقاب .

المطلب الثاني

ما يترتب على بطلان التشريعات المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية

لقد حاول بعض الفقه الجنائي بحث ذلك الموضوع وانتهى إلى أن التعارض بين التشريعات القائمة ومبادئ الشريعة الإسلامية ليس تعارضاً شاملاً يقتضي قلب النظام القانوني كله وإستئصاله من جذوره وإحلال نظام قانوني شامل جديد محله يختلف عنه جملة وتفصيلاً، وإنما التعارض القائم بوضعه الراهن في حقيقته محدود النطاق، ويمكن تقسيم التشريعات القائمة من حيث مدى إتفاقها أو إختلافها مع

أحكام الشريعة الإسلامية إلى ثلاثة أقسام: (٤٢)

الأول : وهو قسم يوافق أحكام الشريعة الإسلامية تماماً لأنه مستمد منها مباشرة، ويشمل هذا القسم مسائل الأحوال الشخصية من زواج وطلاق ووقف ووصية وميراث، وهذه المسائل تنظمها تشريعات مأخوذة بأكملها من الشريعة الإسلامية... وبالقطع فإن هذا القسم لن يكون عرضة للمراجعة والتعديل كأثر من آثار إعمال النص الثاني من الدستور، وإن جاز أن تكون تشريعات هذا القسم عرضة للتعديل لاعتبارات أخرى تتعلق بتحقيق المواءمة بين قواعده وظروف الجماعة المتغيرة وبشرط ألا يخرج المشرع عند هذا التعديل على نصوص الشريعة الإسلامية القطعية ولا يأتي بأحكام تتعارض مع قواعدها العامة وروحها التشريعية .

الثاني : أما القسم الثاني من التشريعات القائمة فهو قسم لا يخالف أحكام الشريعة الإسلامية وإن لم يكن مستمد منها، وتشريعات هذا القسم تمثل الأغلبية الساحقة من

التشريعات النافذة، ومن قبيلها القانون المدني وقانون المرافعات وقانون الإجراءات الجنائية وقانون العقوبات بوجه عام، فرغم أن هذه التشريعات لم تستمد من مبادئ الشريعة الإسلامية مباشرة إلا أنها لا تتعارض في جملتها مع أصول الشريعة الإسلامية وقواعد الكلية.

وهذه التشريعات ستبقى على حالها لأن مناط الإلغاء أو التعديل هو التعارض مع مبادئ الشريعة الإسلامية وهو غير قائم أو متوافر، ومن ثم فإن إنتماء هذه التشريعات إلى مصدر آخر خلاف الشريعة الإسلامية لا يصلح في ذاته سبباً لإلغائها، أما إذا دعا الأمر إلى تعديله أو إلغاء بعض أحكامه فيكون ذلك تبعاً لظروف المجتمع وحاجاته وتلك إعتبارات موضوعية تتصل بالملاءمة، وليست إعتبارات قانونية مبناهما. التعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية .

والثالث : وأما القسم الثالث من التشريعات القائمة فينحصر في قلة من التشريعات القائمة وهي تلك التي تخالف بالفعل مبادئ

الشرعية الاساسية السابقة لتحديد، وهو الاحتام التي وردت به، نصوص الكتاب والسنة، وتشريعات هذا القسم لا مناص من الغائها أو تعديلها على نحو ترتفع به المخالفة القائمة حالياً، ومن أظهر تلك التشريعات ما يتعلق منها بمعالجة جرائم الحدود والقصاص وموضوع الربا^(٤٣).

وحرى بالقول أن تقسيم التشريعات على هذا النحو من حيث موافقتها أو مخالفتها مع مبادئ الشريعة الإسلامية يطرح مسألتين هامتين هما : مدى بطلان تشريعات نصوص قانون العقوبات المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية، ومدى التغيرات التي تترتب على بطلان هذه التشريعات وسوف نتناول بحث المسألتين تباعاً :

أولاً : مدى ما يترتب على بطلان نصوص قانون العقوبات المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية :

يضم قانون العقوبات المصري ما يقرب من مائة وعشرين جناية فضلاً عن الجنايات التي تضمنتها قوانين

خاصة - والجناح والمخالفات - وبينما لم تحدد الشريعة الإسلامية عقوبات مقدرة إلا في أربع جرائم فقط هي : السرقة والحراة والزنا والقذف ويضيف بعض الفقه جريمة الردة إلى الجرائم الأربع مقدرة العقوبة، وسواء كانت الجرائم مقدرة العقوبة أربع أو خمس أو غير ذلك، فإن الشارع سبحانه وتعالى يكون قد ترك ما عدا تلك الجرائم - التي قدر لها عقوباتها الشرعية - لتعالجها التشريعات الوضعية وفقاً للمتغيرات المختلفة .

ومن ناحية أخرى فإن مجموع مواد قانون العقوبات والجراءات الجنائية حوالي ١٠٣٢ مادة مقابل نحو ٣٠ آية فقط وردت بشأنها في القرآن الكريم من بين آيات الأحكام البالغ عددها ٦٢٣٦ آية، ومعنى ذلك أنه لا حجر على حرية الناس في اتخاذ ما يرونه ملائماً لحياتهم - بعد هذه الأحكام المحددة - فيما لا يخالف الكتاب والسنة الصحيحة، ومن ثم فإنه يتعين التركيز عند تعديل القوانين على تلك المواد التي تخالف شريعة الله مخالفة صريحة وأضحة - معلومة من الدين

بالضرورة - وذلك قبل غيرها مما يجوز الاجتهاد فيه^(٤٤).

ورغم أن الرأي متفق فيما يتعلق ببطلان التشريعات الوضعية المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، إلا أن الرأي قد اختلف فيما يتعلق بحدود أو نطاق ذلك البطلان والحالات التي يتقرر فيها .

فيرى اتجاه في الفقه الإسلامي^(٤٥) أنه من وجهة تطبيق النصوص الباطلة يجب على القاضي ألا يطبق النصوص القانونية الباطلة في حالات البطلان وعليه أن يطبقها فقط في حالات الصحة، وينطلق هذا الرأي من الأساس الذي اعتمد عليه وهو أن النص الواحد قد يكون باطلاً في حالات وصحيحاً في حالات أخرى، ويقصد بهذا النوع من النصوص الذي قد يكون باطلاً في حالة وصحيح في حالة أخرى النصوص الوضعية التي وردت بشأن الجرائم التي قدرت لها الشريعة الإسلامية عقوبات بموجب نص شرعي وهي في القدر المتيقن أربع جرائم - على نحو ما بينا - فهذه النصوص المعالجة لتلك الجرائم - في نظر هذا الرأي - هي النصوص التي

تكون باطلة في حالات وصحيحة في حالات أخرى، فهي تكون باطلة في حالة ما تكون الواقعة المعبروضة تستوجب توقيع عقوبة الحد فيكون النص الوضعي باطلاً لكونه يقرر عقوبة خلاف العقوبة الحدية المقدرة بالنص الشرعي، أما في حالة ما توجد شبهة في توقيع الحد أو لا تكون الجريمة تامة كأن تكون مجرد شروع فقط - رفعت نظر الشريعة - فتوقع عقوبة تعزيرية والعقوبات التي تعززها القوانين الوضعية تعتبر من قبيل تلك العقوبات التعزيرية، فتكون نصوص القانون الوضعي في تلك الحالة صحيحة باعتبارها من قبيل العقوبات التعزيرية .

وقد سبق بيان عدم صحة هذا النظر وقلنا أن المشرع الوضعي قد قصد عدم وضع نصوص تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية، ومعنى ذلك أنه قد قصد الأخذ بنظام قانوني يختلف عن نظام الشريعة الإسلامية ويختلف عنه في منطلقاته وأهدافه وغاياته وفوق ذلك فإن أحكام النظام الجنائي الإسلامي متكاملة فيما بينها بمعنى أن نظام الحدود والقصاص والدية

يتكامل ويتناسق مع نظام التعازير من أجل تحقيق هدف النظام العقابي الإسلامي في مجموعه . أما النظام الوضعي فهو في عمومته لا يأخذ بالتقسيم المعروف في النظام الإسلامي ومن هنا لا يجوز اعتبار نصوصه في حالة دون أخرى .

وإتباع الرأي السابق ينعنا في مآزق فيما لو قضت المحكمة الدستورية العليا ببطلان بعض النصوص لعدم دستوريته بسبب مخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية مثل نص السرقة أو الزنا أو خلافهما من العقوبات المعتمدة حدية في النظام الجنائي الإسلامي، فإذا قضى ببطلان نص من هذه النصوص فمعنى ذلك إنعدام أثره ولا يمكن أن تطبقه المحاكم على ما يعرض عليها من وقائع - وإذا كان الأمر كذلك، فهل هذا لا يعني أن النص قد وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً في كل الحالات .

وخلاصة ما سبق ومفاده فإننا نرى أن نصوص قانون العقوبات الحالية في خصوص الجرائم المعتمدة حدية في الشريعة الإسلامية، هي نصوص باطلة بطلاناً مطلقاً

كأثر لمخالفتها مبادئ الشريعة الإسلامية ويتقرر هذا البطلان إعمالاً لنص المادة الثانية من دستور ١٩٧١ القاضي بأن مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع على نحو ما رأينا .

ولكن ما هي سلطة القاضي الجنائي تجاه تلك النصوص الباطلة والتي مع ذلك لم يتقرر إلغاؤها، بل ما زالت سارية المفعول ولم تلغ ولم تعدل ؟

نرى أنه إذا عرض نزاع أمام القاضي الجنائي محله جريمة من الجرائم الحدية - مثلاً - فمعنى ذلك أنه لا يوجد في القانون الوضعي نص مطابق لحكم الشريعة في هذه الحالة ، فإذا افترضنا أن الحالة الواقعية المعروضة واقعة سرقة عادية تامة ، وهي جريمة حدية أي ذات عقوبة مقدرة بنص شرعي، ولا يوجد نص في القانون الوضعي يقرر مثل هذه العقوبة وإنما العقوبة المعتدلة هي عقوبة الحبس ... ويكون أمام القاضي في مثل هذه الحالة أحد أمرين :

الأول : أن يطبق القانون ذا المرتبة الأعلى ، وهو هنا

الشريعة الإسلامية إذ من مقتضيات مبدأ المشروعية وجوب تطبيق القانون الأعلى وإهمال الأدنى عند وقوع تعارض بين القانونين .

ويقوم القاضي الجنائي بذلك لأن الرقابة الدستورية من طبيعة عمل القاضي فوظيفته الأساسية بل وواجبه في ذات الوقت تطبيق القانون ، وهو في ذلك مقيد بقوانين البلاد سواء القوانين أو القانون الأساسي (الدستور) الذي يسمو على القوانين العادية، ومن ثم فإذا تعارض القانون العادي مع نص دستوري في التطبيق وجب على القاضي رفع هذا التعارض ويكون ذلك بالامتناع عن تطبيق القانون العادي والأخذ بحكم النص الدستوري، والقاضي في سلوكه هذا لا يخرج من دائرة عمله ولم يتجاوز حدود واجبه ولم يتعد نطاق سلطته، فهو لم يبلغ القانون العادي المتعارض مع النص الدستوري وإنما هو فقط يطبق القانون الأعلى وفقاً لدرجته وقوته الإلزامية .

والثاني : وأما الأمر الثاني والذي يجوز للقاضي الجنائي أن يسلكه أن يوقف الدعوى المنظورة أمامه ويحيل الأوراق برمتها إلى المحكمة

الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية. وهو في ذلك يستعمل حقه المقرر قانوناً بمقتضى نص المادة ٢٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ حيث نصت على أن :

«تتولى المحكمة الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح على الوجه التالي :

(أ) إذا تراءى لإحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي أثناء نظر إحدى الدعاوى عدم دستورية نص في قانون أو لائحة لازم للفصل في النزاع - أوقفت الدعوى وأحالت الأوراق بغير رسوم إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية».

وللقاضي أن يسلك أي السبيلين إلا أنه ليس له أن يطبق النص المخالف لأحكام الشريعة الإسلامية، وكنا نود أن نحدد مواد قانون العقوبات المخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية إلا أن المجال لا يسمح هنا، وقد يكون لنا لقاء آخر بشأنها .

ثانياً : مدى التغيرات أو التعديلات الواجبة في التشريع العقابي الحالي كأثر للبطلان :

انتهينا فيما سبق إلى أن نصوص قانون العقوبات المقابلة لما يسمى بجرائم الحدود والقصاص والدية في الفقه الإسلامي هي فقط النصوص المخالفة لمبادئ الشريعة الإسلامية ومن ثم فهي نصوص باطلة، والمشرع الوضعي ملزم بصياغة هذه النصوص صياغة تتوافق مع أحكام الشريعة الإسلامية وعلى أن تكون لها ذات الأحكام المقررة فيها ، والقاضي أيضاً ملزم بتطبيق الأحكام التي تتفق مع أحكام الشريعة في هذا المجال . أما باقي نصوص القانون الوضعي فهي صحيحة وليست بحاجة إلى تعديل الآن إلا إذا تراءى لأولى الأمر حاجة إلى تغييرها أو تعديلها أو الإضافة إليها لمواجهة حاجات طارئة أو مقابلة مصالح جديدة .

ومفاد ذلك أن التغيرات الواجبة ترتبط إلى حد كبير وأساسي بنوع الجريمة ، وما إذا كانت من جرائم الحدود

والقصاص والدية أم من جرائم التعازير^(٤٦) وجرائم الحدود محدودة العدد ومقررة بنص شرعي سواء كان النص في القرآن الكريم أو السنة النبوية الشريفة وعقوباتها أيضا مقررة من قبل الله سبحانه وتعالى ومقررة بالقرآن أو السنة^(٤٧).

ويذهب جمهور الفقه الجنائي الاسلامي أن هذه الجرائم ست هي الردة وشرب الخمر والسرقه والحراية والقذف والزنا^(٤٨) بينما يضيف إليها البعض جريمة البغى^(٤٩). هذا بينما يخرج البعض الآخر جريمة شرب الخمر من بين جرائم الحدود^(٥٠) ويقرر هذا الرأي الأخير - بحق - أن جرائم الحدود أربع فقط وهي : السرقه والحراية والقذف والزنا - أما الجرائم الثلاث الأخرى - فهي ليست من جرائم الحدود. وهي : البغى وشرب الخمر والردة^(٥١).

ونود أن نبين ما يجب على المشرع الوضعي أن يضمه من يحوغه من تشريعات في خصوص هذه الجرائم الشرعية، إذ يجب عليه أن يراعى حقائق ويلتزم بمعطيات محددة تفرض نفسها عليه

عندما يقوم بصياغة نص أو نصوص بشأن جريمة من الجرائم الأربع سالفه البيان، وهنا نعطي مثالا واحدا فقط لما يجب أن يلتزم به المشرع من حقائق ومعطيات يضمنها النصوص ومثالنا خاص بجريمة السرقه .

الحقائق والمعطيات التي تفرض نفسها على المشرع الوضعي عند صياغته لنصوص جريمة السرقه في ضوء مبادئ الشريعة الاسلامية :

وهذه هي الحقائق والمعطيات التي إنطوت عليها مبادئ الشريعة الاسلامية على اعتبار أن هذه الحقائق والمعطيات هي المقياس الذي نقيس به مدى إتفاق أو إختلاف نصوص القانون الوضعي مع أحكام الشريعة الاسلامية .

النصوص الشرعية في جريمة السرقه :

لم يرد في حد السرقه سوى آية واحدة في القرآن الكريم ، وقد ورد بشأن السرقه التامة .

وهو قوله تعالى : ﴿ والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما جزاء بما كسبا نكالا من الله ﴾^(٥٢) ومن ثم يمكن القول

أنه لم ترد نصوص شرعية في الكتاب أو السنة مبينة لأركان جريمة السرقه، ولذا فقد إجتهد الفقه في ذلك - على خلاف عظيم في بعض الأمور - وكان لا مفر من الرجوع إلى آراء الفقهاء بشأن تعريف السرقه وأركانها وشروطها. وما يعتبر مستوجبا لتوقيع عقوبة الحد وما لا يعتبر مستوجبا إلا لعقوبة تعزيرية^(٥٣).

ولا يفوتنا هنا التأكيد مرة أخرى على أن محل الالتزام وحدوده بمبادئ الشريعة الاسلامية هو فقط بالأحكام التي أوردتها نصوص صريحة من الكتاب أو السنة ، أما ما عدا ذلك فهو غير ملزم في نطاق التشريع أو القضاء، بمعنى أن المشرع أو القاضي ليس أي منهما ملزما برأي فقهي دون آخر، فأى فقيه مهما علا شأنه أو سما قدره فرائه مجرد إجتهد لعدم وجود نص صريح قطعي الثبوت والدلالة .

ولكن إذا كان المشرع أو القاضي غير ملزم إلا بأحكام النصوص الصريحة قطعية الثبوت والدلالة ، ومطلق الحرية في الأخذ برى فقيه

دون فقيه ، إلا أن القيد الوحيد الذي يخكم إختياره هو ألا يتعارض الرأي الذي يأخذ به مع القواعد الكلية المقررة في الشريعة الإسلامية ولا يتنافى مع روحها التشريعية في تحقيق مقاصد العباد.

تعريف السرقة :

عرفها الفقه الإسلامي بأنها : «أخذ مال الغير خفية بنية تملكه»^(٥٤) ويكاد يكون هذا التعريف موضع إتفاق تام بين الفقهاء، كما أنه من ناحية أخرى يتطابق مع تعريف السرقة في النظم الجنائية الحديثة، فتعرف السرقة في القانون المصري بأنها :

«إختلاس مال منقول مملوك للغير، إذ يعنى لفظ الإختلاس في اللغة القانونية الأخذ خفية أو بغير رضا صاحب المال أو بدون علمه فإذا كان الأخذ في حضور المجنى عليه وذون مغالبة فالفعل إختلاس لا سرقة والإختلاس مختلف في عقوبته بين الفقهاء، بين قائل بأن عقوبته قطع اليد كالسرقة ومن قائل أن عقوبته تعزير يترك تقديره للسلطة المختصة في الدولة»^(٥٥).

أركان وشروط السرقة الموجبة توقيع عقوبة الحد : (٥٦)

أركان السرقة هذه أربعة :
١ - الأخذ خفية . ٢ - أن يكون المأخوذ مال . ٣ - أن يكون المال مملوكا للغير .
٤ - القصد الجنائي.

ولم تحدد نصوص الشريعة هذه الأركان أو تلك الشروط وإنما هي ثمرة إجتهد الفقه الإسلامي، فقد قرر شروطاً - فقهية - لا تقوم جريمة السرقة بدونها. ومنها :

١ - ألا يكون للسارق شبهة ملكية في المال المسروق .

وعلى ذلك قرر الفقه أن سرقة أموال عامة تعتبر في عداد الأموال المملوكة للمسلمين جميعاً - كأموال بيت المال وما في حكمها - لا تسمى من الناحية الفقهية سرقة يمكن الحكم فيها بالقطع (قطع يد السارق) وذلك بسبب وجود شبهة الملكية للـسارق فيما سرق .

وفي ضوء هذا الشرط - الذي تتفق عليه كل كتب الفقه - قد قرر بعض الفقه أن هذا التعريف الفقهي للسرقة لا ينطبق على حالات الاستيلاء

على الأموال الحكومية وممتلكات القطاع العام والبنوك الرسمية والمرافق العامة حيث توجد شبهة الملكية بشأنها للمسلمين جميعاً، ومن هنا فلا يمكن الحكم بقطع يد السارق ... بل تكون العقوبة الواجبة حينئذ في مثل هذه الجرائم هي التعازير^(٥٧).

ولكن رأياً آخر في الفقه الإسلامي يرى أن سارق المال العام في الحالات السابقة تقطع يده إذا ما بلغ حد النصاب، ويرى هذا الرأي أن ما للـسارق من شبهة ملك في هذا المال لا يعتبر نوعاً من الشبهة التي يدرأ بها الحد عن السارق^(٥٨).

ونحن نميل إلى هذا الرأي الأخير ونراه جديراً بالاتباع - لأن حد السرقة إذا كان مشروعاً لحماية المال فإن المال العام أولى بالحماية من المال الخاص وأن الضرر الذي يسببه الاعتداء على المال العام أكبر وأخطر من الضرر الذي يسببه الاعتداء على المال الخاص...^(٥٩)

٢ - أن يكون الشيء المسروق محرراً :

أي محفوظاً في موضع

معد لحفظه كالدار أو الدكان أو الاصطبل أو الخزانة أو نحو ذلك حسب طبيعته ونوع المال ، ففي إصطلاح الفقه الاسلامي يعرف مكان حفظ المال «بالحرز» ويقولون «حرز مثله» أي الحرز الذي يحفظ فيه المال المعين وأمثاله عادة^(٦٠).

وقد اتفق فقهاء المذاهب الأربعة وفقهاء الزيدية على اشتراط كون المال محرراً عند سرقة، لكي تعتبر السرقة جريمة تامة يعاقب عليها بالحد المقرر شرعاً بينما خالف هذا الرأي فقهاء الظاهرية حيث نفوا اشتراط الحرز ، وعلى رأسهم الامام ابن حزم الظاهري، وذهبوا إلى أن اشتراط الحرز لم يدل عليه حديث صحيح^(٦١).

ونرى أن الصحيح هو اشتراط الحرز في المال المسروق وذلك لصحة الاحاديث التي تقرره، فقد روى عن الرسول ﷺ قوله : لا قطع في تمر ولا كثرة^(٦٢) وقوله ﷺ حين سئل عن الثمر المعلق فقال : «... من سرق منه شيئاً بعد أن يؤويه الحرين، فبلغ ثمن المجن، فعليه القطع»^(٦٣) وهذا هو

الأحوط لعدم التوسع في تطبيق الحدود التي إحتاط المشرع سبحانه وتعالى في إثباتها أعظم الاحتياط.

٣ - أن يكون المال المسروق مقوماً بما يزيد على النصاب :

والنصاب هو حد أدنى يجب ألا تقل عنه قيمة المال المسروق ، وفيه خلاف في التقدير في حدود معينة وفقاً لاختلاف الروايات، ويستفاد من اختلاف الروايات أن الفقهاء قصدوا منع توقيع الحد إذا كانت قيمة المال المسروق لا تستأهل توقيعها ، ولذا تتفق جميع المذاهب على أنه لا قطع في الشيء التافه «الذي يتسامح فيه الناس عادة» وهذه متغيرة بتغير الأزمان والأمكنة وبتغير الظروف الاقتصادية في كل مجتمع وقت ارتكاب الجريمة . ومن ثم فإن الأمثلة التي ساقها الفقه للشيء التافه ليست ذات قيمة دائمة ومطلقة وبالتالي فهي ليست ملزمة للقاضي أو لأولى الأمر بعد عصر الفقهاء الذين ذكروها^(٦٤).

ومن الممكن جعل النصاب خمسين جنيهاً مصرياً، فلا يطبق حد القطع إذا لم يبلغ

المال المسروق قيمة النصاب وقدره خمسون جنيهاً وإلا كانت العقوبة الواجبة التعزير .

رابعاً : ألا يكون مالك المال المسروق مجهولاً :

وذلك لاشتراط مطالبة المجنى عليه بالمال المسروق لوجوب القطع^(٦٥).

خامساً : أن لا يكون السارق واقعاً تحت تأثير حاجة أو ظلم وهضم لحقوقه :

وقد بلغ إهتمام الفقهاء المسلمين بذلك درجة كبيرة، وخير دليل على ذلك أن سيدنا عمر بن الخطاب كان لا يعاقب السارق المحتاج، وأكثر من ذلك كان يلزم المسئول عن السارق المحتاج بتعويض صاحب المال المسروق... وقد ورد أنه رضي الله عنه أنثر رجلاً كان غلامانه قد سرقوا من الاحتياج قائلاً له «والله لئن تركتهم لأغرمناك غرامة توجعك»^(٦٦).

وقد جاء في حديث أحمد والنسائي والحاكم «وحكم من أصاب شيئاً من نعمة وهو محتاج إليه، فلا شيء عليه»^(٦٧).

سادساً : أن تتم السرقة في الخفاء والاستتار :

ومعنى ذلك أن الاستيلاء على الأموال والممتلكات مثل السرقة التي تجرى علناً في المواصلات العامة أو الطرقات وكذلك جرائم السرقة بالقوة للأراضي والعقارات ومحتوياتها وكل جرائم السرقة التي تكون مصحوبة بالعنف أو القوة لا تعد من الناحية الفقهية سرقة. إذ لا ينطبق عليها التعريف الفقهي. ولذلك لا يكون حكمها القطع وإنما تسمى هذه الجرائم إنتهاباً أو إختلاساً^(٦٨).

الحالات التي اتفق الفقهاء على عدم جواز إقامة حد السرقة فيها نتيجة غياب شرط أو أكثر من شروط التعريف الفقهي للسرقة^(٦٩).

نذكر من بين هذه الحالات ما يلي :

- ١ - إذا كان للسارق شبهة في الملك .. كشركة أو إستحقاق في وقف.
- ٢ - إذا حصلت السرقة من الأماكن العامة أثناء العمل فيها أو أي مكان آخر مأذون للناس في دخوله ولم يكن المسروق محرراً.
- ٣ - إذا كان مالك

المسروق مجهولاً.

هذا بخلاف الحالات العديدة المختلف بشأنها الواردة بكتب الفقه والتي نكروها بمناسبة تناولهم لكل شرط من شروط التعريف .

وخلاصة ما سبق أن السرقة المعاقب عليها حداً هي الجريمة التامة المتوافر بشأنها الأركان السابق بيانها، أما السرقة المعاقب عليها بالتعزير فهي نوعان^(٧٠) .

الأول : ويشمل كل سرقة ذات حد لم يتوافر شروط الحد فيها، أو درىء فيها الحد لشبهة كأخذ مال الابن أو أخذ المال المشترك .

والثاني : هو أخذ مال الغير دون إستخفاء أي بعلم المجنى عليه وبدون رضاه وبدون مغالبة ، ويدخل تحت هذا النوع الاختلاس والغصب والنهب، ويطلق عليها الفقهاء لفظ «الاختلاس» بصفة عامة .

ومفاد ما سبق أن الخلاف الجوهرى بين الشريعة والقانون هو في نطاق الجريمة التامة الموجبة للحد، إذ العقوبة الواجبة التطبيق في الشريعة هي قطع يد السارق (حد السرقة) أما العقوبة التي

تقررها القوانين الوضعية للجريمة ذاتها فتتراوح ما بين الحبس والأشغال الشاقة المؤقتة وقد خصص القانون المصرى لهذا النوع من الجرائم الباب الثامن منه تحت عنوان «السرقة والاغتصاب» وخصص لها المواد من ٣١١ إلى ٣٢٧.

أما الشروع في السرقة فأحكامه لا تختلف بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى خاصة في مجال العقوبات، فالشروع في الشريعة معاقب عليه بعقوبة التعزير لا بعقوبة الحد، ولذلك فأحكام القانون الوضعى لا تتعارض مع أحكام الشريعة بشأنه .

ومفاد ما سبق - فى رأينا - أن مواد القانون الوضعى الخاصة بجريمة السرقة التامة والتي تقرر لهذه الجريمة عقوبة خلاف العقوبة الشرعية (الحد) هي مواد باطلة بطلاناً مطلقاً ، لأنها تقرر عقوبة تخالف العقوبة المقررة بنص شرعى. أما المواد الأخرى التي تعالج جريمة الشروع في السرقة وجرائم الاختلاس والغصب والتبديد وخيانة الأمانة

والسرقة بين الأصول والفروع والزوجيه فهذه المواد الوضعية لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية على اعتبار أنه لم يرد بشأنها نصوص شرعية محددة لجرائم أو مقدرة لعقوبات، بمعنى أنها تُعد من قبيل الجرائم التفويضية (التعزيرية) المتروكة لتنظيم أمرها لولى الأمر .

وعلى هدى ما سبق فإننا نرى أنه لو تعرض نزاع على القاضي الجنائي، وكانت وقائع هذا النزاع تشكل جريمة سرقة تامة بالمفهوم الفقهي الذي حددناه وبيننا شروطه، فإن أحكام القانون الوضعي يجب ألا تطبق على هذه الوقائع لأنها أحكام باطلة بطلاناً مطلقاً، ويجب على القاضي في

هذه الحالة إما أن يوقف نظر الدعوى المروحة عليه ويحيل الأوراق برمتها إلى المحكمة الدستورية العليا للبت في مسألة دستورية النص الوضعي الذي يحكم الواقعة ، وإما أن يقضى بالعقوبة الشرعية وهي قطع اليد على نحو ما سلف بيانه .

أما إذا كانت الواقعة المعروضة لا تشكل جريمة تامة، أو كانت تشكل جريمة خيانة أمانة أو إختلاس أو تبديد أو سرقة بين الأصول والفروع أو العكس الخ فإن نصوص قانون العقوبات، تطبق على هذه الوقائع، لأنّها تقرر عقوبات تُعد من قبيل العقوبات التعزيرية التي لا تتخالف مع أحكام الشريعة الإسلامية حيث لم تدر

الذريعة لهذه الجرائم عقوبات وإنما تركت أمرها لولى الأمر .

وما قلنا بشأن جريمة السرقة هو ذاته ما يقال بشأن جرائم الحدود الأخرى ومع مراعاة أحكام كل جريمة وما استقر عليه إجماع الفقه الجنائي الإسلامي من أركان

وشروط بالنسبة لها، وكذلك الوضع بالنسبة لجرائم القصاص والدية وما يقابلها من نصوص قانون العقوبات الوضعي، وكنا نود أن نتناول أحكام كل جريمة من الجرائم بالتفصيل إلا أن المقام لا يسمح بذلك، وإن كنا قد فعلنا ذلك عندما تناولنا هذا الموضوع في رسالتنا للدكتوراه المعدة حالياً للمناقشة .

خير المال ما أغناك ، وخير ما له ما كفاك ، وخير
أخوانك من وأساك ، وخير منه من كفاك شره .

«الامام على رضى الله عنه»

مواضع

- (١) تراجع مضبطة الجلسة ٧٧ لمجلس الشعب، في ٣٠ من أبريل سنة ١٩٨٠، الفصل التشريعي الثالث، دور الانعقاد العادي الأول، ص ٧٤٠٢.
- (٢) راجع وقارن، في شأن هذه الاتجاهات تقرير هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في القضية الدستورية رقم ٢٨ لسنة ٣ القضائية، المستشار الدكتور عوض محمد عوض المر، ٢ مايو ١٩٨٢ ص ٢٤.
- (٣) راجع الدكتور عبد الحميد متولى، الشريعة الاسلامية المصدر أساس للدستور، الطبعة الثانية ص ١٥ حيث أشار إلى هذا الرأي.
- (٤) من هذا الرأي الدكتور عوض محمد عوض، دراسات في الفقه الجنائي الاسلامي، ص ٢٩، والدكتور، سامي جمال الدين، تدرج القواعد القانونية ومبادئ الشريعة الاسلامية، ص ١٤٨، والدكتور عبد الناصر العطار، تطبيق الشريعة الاسلامية في العالم الاسلامي، ص ٦٢.
- (٥) من هذا الرأي الدكتور عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٦٢ وقرب هذا الرأي الدكتور عبد الحميد متولى، المرجع السابق، ص ١٦ إذ يقرر في هذا الشأن أنه لا فرق بين النص على أن الشريعة مصدر رئيسي أو أنها المصدر الرئيسي، فإنه طالما كان ذلك النص إنما ورد في الدستور وطالما لم ينص في الدستور على مصدر آخر سواها فإنه ينبغي على ذلك أن الشريعة هي وحدها المصدر الرئيسي ذو المرتبة الأعلى
- (٦) أنظر وقارن عكس ذلك. الدكتور عبد الحميد متولى، المرجع السابق، ص ١٧.
- (٧) راجع الدكتور عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٦٤.
- (٨) الدكتور عبد الناصر العطار، المرجع السابق، ص ٦٥.
- (٩) الدكتور صوفي أبو طالب، تطبيق الشريعة الاسلامية في البلاد العربية الطبعة الثانية، ١٩٨٥ دار النهضة، ص ١٧.
- (١٠) الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ١٨ وما بعدها.
- (١١) مجلة العلوم الادارية، السنة ٢٦ العدد الأول، يونيو ١٩٨٤ ص ٢٦٣.
- (١٢) راجع حكم المحكمة الادارية العليا في الطعن رقم ١٦١٠ لسنة ٢٦ القضائية العدد الأول، يونيو ١٩٦٤، ص ١٦٤.
- (١٣) أنظر في هذا الرأي وفي عرضه، الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق ص ٢٠.
- (١٤) من هذا الرأي - الدكتور سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون طبعة ١٩٧٤، ص ٢٦٢، يقول : فإن مبادئ الشريعة الاسلامية تعتبر كذلك من المبادئ العامة للقانون المصري، ولكنها لا تعتبر من مصادر القانون، كما تنص المادة الثانية من الدستور في صياغة غير دقيقة، ذلك أن مبادئ الشريعة الاسلامية بحسب هذا النص ذاته لا تصبح قاعدة قانونية إلا إذا أخذ بها المشرع نفسه، والمشرع مطالب بحكم هذا النص باستلزام مبادئ الشريعة الاسلامية، ولكن هذه المبادئ لا تصبح قواعد قانونية إلا بعد أن يتم المشرع عمله فعلاً بإصدار التشريعات المستوحاة من المبادئ المذكورة، كذلك الدكتور أحمد كمال أبو المجد، موقف الدعاة وموقف ولاة الأمر وأمانة الحكم، مقالة في جريدة الأهرام بتاريخ ٢ يولية ١٩٨٥.
- (١٥) من هذا الرأي الدكتور أحمد زكي الشينى، عدم إختصاص المحكمة الدستورية العليا بالدفع بعدم دستورية القوانين لمخالفتها للشريعة الاسلامية، مقال بمجلة المحاماة. العددان الأول والثاني، السنة السادسة يناير وفبراير ١٩٨٦ ص ٤٧، ص ٤٨.
- (١٦) راجع في عرض ذلك، تقرير اللجنة الخاصة التي شكلها مجلس الشعب في عام ١٩٧٩ لبحث تعديل بعض أحكام الدستور، سابق الإشارة إليها.

مواضع

(١٧) راجع في هذا الرأي : الدكتور صلاح الدين الناهي، دراسات إسلامية - ٣ - نصوص قانونية وشرعية. مطبعة أسعد، بغداد طبعة ١٩٦٩، ص ١٥، أيضا المستشار محمد سعيد العشماوي، الدعوة إلى تطبيق الشريعة الإسلامية... بحث منشور بمجموعة أبحاث المؤتمر السادس عشر للمحامين بالكويت - أبريل ١٩٨٧ الجزء الثاني ص ٢٣٤ وما بعدها .

(١٨) من هذا الرأي الفقيه ابن حزم ، المحلي، الجزء الأول ص ٦٢ ، ص ٦٣، وله أيضا الأحكام في أصول الأحكام، الجزء الرابع، ص ٥٠٩، ص ٥٣٠، وأنظر كذلك الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ١٤. وأيضا المستشار محمد سعيد العشماوي، المرجع السابق، ص ٢٣٥.

(١٩) ويؤيد هذا الرأي الدكتور سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ٢٦٥ فيقول : « من الواضح أن مبادئ الشريعة الإسلامية التي يرجع إليها القاضي هي المبادئ الكلية التي لا يوجد خلاف بشأنها بين المذاهب المتعددة، وهذه المبادئ لا تعدو أن تكون الأفكار الجوهرية الأساسية في الشريعة الإسلامية... ».

(٢٠) في هذا المعنى: الدكتور سامي جمال الدين ، المرجع السابق، ص ١٣١، الدكتور عوض محمد عوض المرجع السابق، ص ١٥، الشيخ محمد مصطفى ثلبي ص ١٤٠، ص ١٤٢. ومحمد أسد ص ٣٥.

(٢١) في ذات المعنى: الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ١٢، الدكتور سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٣١.

(٢٢) في هذا المعنى: الأستاذ عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي ... الجزء الأول. ص ١٦ وأيضا الشيخ عبد الوهاب خلاف. مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه طبعة ١٩٧٨، ص ٦ إذ يقول :- .. أولهما : أن أحكام الفقه الإسلامي لم تقف عند الأحكام التي وردت بها النصوص التشريعية في القرآن والسنة ولا عند الأحكام التي استنبطها الأئمة المجتهدون السابقون . بل إن لها معينا لا ينضب ومدادا لا ينفذ . وهو الطرق التي مهدها الشرع الإسلامي للاستنباط والتقنين لكل ما يحدث من الوقائع ولا نص فيه ».

(٢٣) راجع في هذا المعنى الدكتور عبد الحميد متولي، الشريعة الإسلامية كمصدر أساسي للدستور، المرجع السابق، ص ١٦ وما بعدها، والدكتور أحمد محمود سعد، الفوائد التأخيرية، دراسة مقارنة بالشريعة الإسلامية. الطبعة الأولى ١٩٨٦، ص ٣١٥ .

(٢٤) راجع :

الدكتور مصطفى كمال وصفي، النظرة الحديثة للمشروعية في القانون الإداري. مجلة مجلس الدولة عن السنوات ٢٠ - ٢٥ طبعة مؤسسة أخبار اليوم عام ١٩٧٥ ص ٧٢.

(٢٥) من هذا الرأي الدكتور سامي جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٤٨، الدكتور سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ٢٦٢، الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٣١٩.

(٢٦) راجع نقض منى رقم ٢٥٨ بتاريخ ١٩٧٥/٦/٢٣ لسنة ٤٠ ق وتعليق الدكتور المرحوم مصطفى كمال وصفي، المرجع السابق، ص ٣٢ وما بعدها.

(٢٧) راجع في ذلك المرحوم أحمد فتحي أبو سنه، تفسير القاعدة الجنائية بحث باللغة الفرنسية بمجلة القانون الاقتصاد العدد الثاني سنة ١٩٤١ رقم ٧ صفحة ٢٤٣ وما بعدها.

- أيضا الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق، ص ٣٣٠ والأحكام المشار إليها ص ٣٣٣ وما بعدها. بشأن تمسك المحاكم بالنص الدستوري في مواجهة القوانين الوضعية تأكيداً للمشروعية العليا وإحالة إلى بعض الدعاوى المطروحة أمامها إلى المحكمة الدستورية العليا للبت في مدى مشروعية القانون ومطابقته للدستور، وعلى مبدل المثال ما قضت به محكمة جناح بنى سويف بإحالة الدعوى برمتها للمحكمة الدستورية العليا وذلك

مواش

نأسيسا على أن قانون العقوبات «فى مواد السرقة» نكتفى بحبس السارق مهما عظم إجرامه أو خطورته الاجرامية، أما الشريعة الاسلامية فتقضى بقطع يد السارق العائد ، ولما كان قانون العقوبات المصرى جاء خلوا من عقوبة قطع يد السارق فإن المحكمة ترفع يدها عن تطبيق نص يخالف تعاليم السماء وتحيل القضية بحالتها للمحكمة الدستورية العليا للبت فى دستورية النص المخالف للشريعة الاسلامية، ولو كان الأمر بيدها لحكمت لتوها بقطع يد هذا المتهم.

- ويراجع فى ذلك تفصيليا الدكتور حسنى درويش. مقاله بعنوان «اتجاهات القضاء المصرى فى شأن تطبيق الشريعة الاسلامية» المجلة الجنائية القومية . العدد الأول عام ١٩٨٥، المجلد الرابع والعشرين ص ٨ وما بعدها.

- ولمزيد من الاستفادة فى هذا الموضوع، يراجع المستشار محمود عبد الحميد غراب، أحكام إسلامية إدانة للقوانين الوضعية. الناشر دار الاعتصام ١٩٨٦ وقد حوى أحكام عديدة ومتنوعة فى ٤٥٠ صفحة.

(٢٨) وقائد هذه الدعوة الدكتور المرحوم السيد صبرى، مبادئ القانون الدستورى، طبعة ١٩٤٩ ص ٦٤٣ وما بعدها .

(٢٩) من هذا رأى، الدكتور سامى جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٢٤، المستشار محمود الشربيني، الشريعة الاسلامية أصل النظريات القانونية، مجلة العدالة وهى مجلة علمية تصدرها وزارة العدل والشئون الاسلامية والأوقاف بدولة الامارات العربية المتحدة السنة ٦ - أكتوبر ١٩٧٩، العدد ٢١ ص ١١.

(٣٠) من هذا رأى الدكتور سامى جمال الدين، المرجع السابق، ص ١٢٥.

(٣١) من أنصار هذا رأى فى الفقه الدكتور عبد الحميد متولى، المرجع السابق، ص ٢١، ٢٢ والدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٣١ إلى ص ٣٨.

(٣٢) يراجع فى القاعدة الآمرة، الدكتور منصور مصطفى منصور، دروس فى المدخل لدراسة العلوم القانونية طبعة ١٩٧٠. ص ٦٥ وما بعدها الدكتور عبد الودود يحيى، دروس فى مبادئ القانون طبعة ١٩٨٢/١٩٨٣ ص ٤١ وما بعدها، الدكتور نعمان جمعه، المدخل للعلوم القانونية طبعة ١٩٧٧ ص ٥٩ وما بعدها، الدكتور سمير تناغو، المرجع السابق ص ٨٦ وما بعدها .

(٣٣) يراجع فى عرض هذه الفكرة الدكتور أحمد محمود سعد. المرجع السابق ص ٣٦١.

(٣٤) فى هذا المعنى الدكتور أحمد محمود سعد، المرجع السابق ص ٣٦٤.

(٣٥) راجع نقض مدنى رقم ٢١٤ فى ١٩٧٨/٢/٢٣ مجموعة الأحكام السنة ٢٩ ج ١ بند ٢٦٧ ص ٢٤٧.

(٣٦) نقض مدنى رقم ١٦٣٠ مجموعة الأحكام س ٣١ عام ١٩٨٠ بتاريخ ١٣/٢/١٩٨٠ العدد الأول ص ٨١٠.

(٣٧) يراجع فى موضوع إلغاء التشريع وطرقه وأنواعه الدكتور سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق ص ٤١٢ وما بعدها، الدكتور عبد الحى حجازى. المدخل لدراسة العلوم القانونية ص ٣٩٠ وما بعدها، وكافة المراجع العامة .

(٣٨) طلب رقم ٥ لسنة ٤٧ ق، رجال قضاء جلسة ١٩٧٨/٥/٤ مجموعة الأحكام س ٢٩ ص ٣٤ ونقض مدنى جلسة ١٩٧٨/١/١١ طعن رقم ٤٧ لسنة ٤٤ ق مجموعة الأحكام س ٢٩ عام ١٩٧٨ ج ١ ص ١٥٩، طعن رقم ٩٣١ لسنة ٤٥ ق جلسة ٧٩/٥/٥ مجموعة الأحكام س ٣٠ عام ١٩٧٩ ص ٢٨٠.

(٣٩) فى المعنى الاستاذ المرحوم عبد القادر عودة. المرجع السابق، الجزء الأول ص ٢٢٤، ٢٢٥ إذ يقول : ... وإذا طبقنا نظرية البطلان على القوانين واللوائح والأوامر لأمكننا أن نقول على وجه القطع أن

مراجع

التشريعات الوضعية على إختلاف أسمائها تكون باطلة بطلاناً مطلقاً، كلما جاءت مخالفة لنصوص الشريعة الإسلامية أو خارجة على مبادئها العامة، أمبانية لروح التشريع الإسلامي...
- وفي الأدلة على هذا البطلان. يراجع. عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٢٥ وما بعدها، وأيضا الدكتور على محمد جريشة، المشروعية الإسلامية العليا، ص ٢٨ وما بعدها.

(٤٠) الأستاذ المرحوم عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٣٧.

(٤١) الأستاذ المرحوم عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٣٨.

(٤٢) يراجع في ذلك الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٢٣.

(٤٣) في تفاصيل ذلك راجع :

الدكتور عوض محمد عوض، المرجع السابق، ص ٢٥، كذلك المستشار السيد عبد العزيز هندی، أعضاء على تقنين الشريعة الإسلامية، الكتاب الأول، الجريمة والعقوبة في الشريعة الإسلامية، دار النهضة للطباعة والنشر. ص ٢٩٠.

(٤٤) يراجع : المستشار السيد عبد العزيز هندی، المرجع السابق، ص ٢٩٣، المستشار محمد سعيد العشماوى المرجع السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها حيث يقول : أنه ورد في القرآن الكريم النص على أربعة عقوبات حدية هي : حد السرقة (وهو قطع اليد)، وحد القذف (وهو الجلد ثمانية جلدة)، وحد الزنا (وهو الجلد مائة جلدة - سورة النور ٢٤ : ٢) وحد الحراية (وهو القتل أو الصلب أو النفي من الأرض أو السجن) أما حد الردة فقد ورد في حديثين للنبي ﷺ - وعقوبة شرب الخمر هي عقوبة تعزيرية لأنها لم ترد في القرآن أو السنة النبوية وإنما استخرجها على بن أبى طالب قياساً على حد القذف، المرجع السابق ص ٢٤٤.

(٤٥) الأستاذ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٣٩.

(٤٦) الأستاذ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ص ٢٤٣.

(٤٧) أنظر : تبیین الحقائق للزيلعى، وشرح كنز الحقائق للزيلعى ج ٣، وكذلك راجع : الأستاذ عبد القادر عودة، السابق، ص ٧٨ وما بعدها، الدكتور محمد سليم العوا، أصول النظام الجنائى الإسلامى، ص ١٢٥ وما بعدها، الدكتور أحمد فتحى بهنسى، شرح وتعليق على رسالة المرحوم الشيخ منجمود شلتوت فى المسئولية الجنائية. ص ٥٠ الامام محمد أبو زهرة، الجريمة ص ٩٣.

(٤٨) الامام محمد أبو زهرة، الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى، العقوبة ص ٨٤.

(٤٩) الأستاذ عبد القادر عودة، السابق، ص ٧٩ - الدكتور عبد العزيز عامر، التعزير فى الشريعة الإسلامية ص ١٣.

(٥٠) الدكتور محمد سليم العوا، السابق ص ١٢٧.

(٥١) الدكتور محمد سليم العوا، السابق ص ١٢٦، وما بعدها، المستشار محمد سعيد العشماوى، البحث السابق، ص ٢٤٣ وما بعدها.

(٥٢) سورة المائدة - ٣.

(٥٣) أنظر فى تفاصيل ذلك :

الأستاذ عبد القادر عودة، المرجع السابق، ج ٢ ص ٥١٤ وما بعدها، والدكتور محمد سليم العوا، المرجع السابق، ص ١٧٢ وما بعدها.

شواهد

- (٥٤) الكاساني، بدائع الصنائع، ج ٧ ، ص ٦٥ ، ابن قدامة. المغني، ص ١٠٤ .
- (٥٥) راجع في عرض ذلك : الدكتور محمد سليم العواء المرجع السابق، ص ١٧٢ ، الاستاذ عبد القادر عودة ج ٢ ص ٥١٤ .
- (٥٦) الاستاذ عبد القادر عودة، السابق، ص ٥١٨ وما بعدها، الدكتور محمد سليم العواء، السابق ص ١٧٢ وما بعدها.
- (٥٧) وهذا هو رأي الاحناف والشافعية والزيدية والحنابلة ، راجع للاحناف . الحصكفي شرح الدر المختار، ج ١ ص ٤٤٨ ، ص ٤٤٩ ، والشافعية الشيرازي، المذهب ج ٢ ص ٢٨١ وللحنابلة إبراهيم بن حنوبان، منار السبيل ج ٢ ص ٣٨٩ ، وللزيدية، الروض النضير ج ٤ ص ٥٢٠ ، ٥٢١ .
- (٥٨) وهذا هو رأي المالكية، والظاهرية، راجع للمالكية حاشية الدسوقي ج ٤ ص ٣٣٨ ، والظاهرية المحلي. ج ١١ ص ٣٢٨ .
- (٥٩) ومن هذا الرأي من الفقه الجنائي الحديث الدكتور محمد سليم العواء السابق ص ١٨٧ ، وعكس ذلك في الفقه د. صفوت حسن لطفى وآخرين، فتنة العصر الحديث، تطبيق الشريعة الاسلامية بين الحقيقة وشعارات الفتنة، ص ١١٥ .
- (٦٠) راجع الدكتور محمد سليم العواء السابق، ص ١٧٦ .
- (٦١) الدكتور محمد سليم العواء السابق، ص ١١٧ .
- (٦٢) رواه مالك في الموطأ ص ٥٢٤ ، ورواه أبو داود في سننه ج ٤ ص ١٩٣ ، وابن ماجه في سننه ، ج ٢ ص ٨٦٥ وهو مرسل عند مالك وأبي داود، موصول عند ابن ماجه وهو حديث صحيح .
- (٦٣) رواه أبو داود ج ٤ ص ١٩٤ وابن ماجه ج ٢ ص ٥٦٨ ، ٥٦٦ بلفظ مختلف وسنده حسن كما قال المحدث الألباني في تعليقه على مشكاة المصابيح ج ٢ ص ٢٩٨ .
- (٦٤) انظر الدكتور محمد سليم العواء المرجع السابق، ص ١٨٠ .
- (٦٥) راجع في عرض آراء الفقه حول هذه المسألة، الاستاذ المرحوم/ عبد القادر عودة ، ج ٢ ص ٥٩١ وما بعدها .
- (٦٦) أورده الدكتور صفوت حسن لطفى، المرجع السابق، ص ١١٦ .
- (٦٧) المرجع السابق، ص ١١٦ .
- (٦٨) راجع في تفاصيل ذلك :
- الاستاذ عبد القادر عودة، ج ٢ من ص ٥١٩ إلى ص ٥٤٢ .
- (٦٩) راجع في تفاصيل هذه الحالات :
- المستشار على علي منصور، نظام التجريم والعقاب في الاسلام، ص ٣٣١ .
- (٧٠) الاستاذ عبد القادر عودة، ج ٢ ، ص ٥١٥ ، ص ٥١٧ .

الطعن بالنقض في المواد الجنائية

تعليق ودراسة مقارنة بنظام النقض الفرنسي

للاستاذ الدكتور / حسن علام - المحامي

الاجراءات الجنائية - إلا أن موضوع هذا الكتاب وطبيعة نصوص القانون الذى يتناوله - قانون حالات وإجراءات الطعن بالنقض - قد استلزمت تعمقا أكبر فى التعليق الفقهى، وتوسعا أكثر فى تتبع التاريخ التشريعى وتحليله، ومقارنة لا بد منها فى بعض المواضع مع نصوص القانون الفرنسى التى تعتبر فى مواضع متعددة أصلا تاريخيا للنصوص المصرية المقابلة، والمقارنة كذلك مع اتجاهات القضاء والفقه الفرنسيين - وذلك بغية الوصول إلى دفعة أكبر فى تحديد ملامح الاتجاهات التى تتخذها محكمة النقض المصرية .

وقد برزت أهمية المقارنة مع نظام النقض الفرنسى - بوجه خاص - فى الجوانب الآتية :

١ - سلطة المحكمة عند نقض الحكم ، وهل تقتصر على إعادة القضية إلى محكمة الموضوع أو تمتد إلى تصحيح

نصوص القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى هذا الخصوص - بدراسة فقهية وقضائية، نقدية - ومقارنة ، ويتبع فى ذلك أسلوب التعليق على النصوص بعد عرض التاريخ التشريعى لكل منها والنصوص المتصلة به فى التشريعات الأخرى، وفى التعليمات العامة للنيابات . ثم يتبع التعليق بإيراد المبادئ القضائية الصادرة فى موضوع النص - والموضحة لاتجاهات محكمة النقض المصرية فى شأنه مع الإشارة إلى ما يكون قد حدث من تطور أو تعديل فى تلك الاتجاهات ... وفى أحوال محدودة احتاج إلى أن يورد مبادئ صادرة عن محكمة

النقض الفرنسية، والكتاب يجرى فى هذا على منهج ما سبقه من مجلدات موسوعة التشريعات والتعليقات والمبادئ القضائية... باعتبار أنه يصدر ضمن هذه السلسلة. وقد ظهر منها قبله مجلداً متكاملان يغطيان قانون

الطعن بالنقض هو أحد طرق الطعن المقررة فى القوانين الاجرائية فى المواد المدنية وفى المواد الجنائية - فى النظام القضائى المصرى. وتنظمه نصوص خاصة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية، كما أنه كانت تنظمه نصوص خاصة فى قانون الاجراءات الجنائية فيما يتعلق بالمواد الجنائية، غير أنه فى مرحلة معينة ، فى أواخر الخمسينات - رأى إصدار قانون خاص بحالات وإجراءات الطعن بالنقض، وصدر فعلا بالقانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩، ثم عادت النصوص الخاصة بالنقض فى المواد المدنية والتجارية إلى قانون المرافعات الجديد الصادر فى سنة ١٩٦٨، وبقيت نصوص القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ الخاصة بالطعن فى المواد الجنائية تحكم حالات وإجراءات الطعن فى هذه المواد حتى الوقت الحاضر.

ويتناول كتاب الطعن بالنقض فى المواد الجنائية

الخطأ القانوني .

٢ - نطاق نظرية العقوبة

المبررة .

٣ - الأثر الموقوف للطعن

بالنقض وانتفاؤه في النظام المصري وأساليبه في مواجهة ذلك.

٤ - أبعاد الارتباط - في

إجراءات النقض - بالمبادئ الأساسية في المحاكمات القضائية - علانية الجلسات ، المواجهة بين الخصوم، شفوية المرافعة .

وفيما يتعلق بالجانب الأخير لوحظ أن القانون ٥٧ لسنة ١٩٥٩ بشأن حالات وإجراءات الطعن بالنقض ، قد أسقط من النصوص السابقة في باب النقض في قانون الإجراءات الجنائية - نصوصا كانت تعطي أهمية أكبر لمبدأي المواجهة بين الخصوم، وشفوية المرافعة - كالنص على اعلان الطاعن والخصوم الآخرين بالجلسة التي تحدد لنظر الطعن، والحق في المعارضة للغائب الذي يصدر الحكم دون إعلانه - فضلا عن وضوح النص على استماع المحكمة إلى مرافعة النيابة والمحامين عن الخصوم كحق مقرر (وإن خضع بالطبع في مدى

استعماله عمليا لتقدير المحكمة) فهو ليس أمراً معلقاً بالكامل على سلطتها التقديرية .

وقد كان في اتجاه القانون في هذا الصدد تغليب لاعتبارات الانجاز المهني القضائي على أوضاع الخصومة القضائية. وهو أمر يثير مسألة ضمانات التقاضي ذاتها... لهذا ومن الناحية الفنية الاجرائية، فإن موضوع الخصومة القضائية وإبراز ملامحها في إجراءات محكمة النقض - قد فرضه نفسه كمنطق أساسي للدراسة التي يقدمها الكتاب - في كل نواحيها .

ولذلك كانت مقدمة الكتاب بحثا يهدف إلى تجديد ارتباط إجراءات الطعن في المواد الجنائية بأوضاع الخصومة القضائية باعتبار أن الدعوى الجنائية تستمر أمام محكمة النقض في إطار خصومة قضائية - وأن الإجراءات ليست مجرد مراجعة فنية مكتبية لسلامة التطبيق القانوني، وأنها تتحمل بذلك حقوقا إجرائية للخصوم في الاعلان بموعد الجلسة، وما يترتب عليه من التزامات في

التنفيذ (م ٤١)، والحضور كآخر فرصة للمرافعة أو إستكمال الشكليات كتقديم التوكيل أو الشهادة السلبية أو أية مستندات أخرى، ومواجهة ما قد يجد من جانب الخصوم الآخرين أو يقدمونه من أوراق أو مستندات ، أو تدخل أو دفع تؤثر على مصير الدعوى .

وقد استلزم ذلك أن يتعرض البحث لتحديد أطراف خصومة النقض حيث لا يتضمن نموذج التقرير بالنقض الذي يوقعه الطاعن ذكرا لخصومة في الطعن كما أنه لا يلتزم باعلانهم بمقتضى القانون بمثل ما تنص عليه المادة ٥٧٨ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي .

ولهذا الوضع في نظام النقض المصري أثره في ضرورة أن يظهر البحث حدود حق التدخل في الطعن، وهل يتعين أن يكون مثول الخصوم الآخرين أمام المحكمة هو بطريق التدخل وحدود حقهم في ذلك فضلا عن الإجراءات التي تتبع في حالة التدخل .

ويسير البحث في الكتاب نحو استخلاص جميع النتائج

المرتبة على قيام حالة الخصومة القضائية أمام محكمة النقض - مستكملا في هذا الاتجاه ما خلت النصوص من ذكره من تلك النتائج على اعتبار أنها أحكام عامة لا تحتاج إلى نص - بل لا تستبعد لمجرد استبعاد نص كان يذكرها كما حدث في استبعاد النص على اعلان الخصوم في المادة ٢٧ نقض . ولا يخل بكل ذلك طبيعة الطعن بالنقض من أنه لا يتعرض لموضوع الدعوى ويقتصر على تمحيص الحكم في ذاته - صحته الاجرائية وسلامة تطبيقه للقانون . فذلك لا يعرض على محكمة النقض كأمر فقهي بحث، وإنما يعرض في إطار خصومة بين أطراف يتناضلون لإبراز وجهة أو أخرى في الجوانب المتعلقة بسلامة الحكم كاجراء وسلامة قضائه كإنزال لحكم القانون، والصفة الأساسية للعملية القضائية التي تحتفظ بها في هذه المرحلة كغيرها من مراحل نظر الدعوى - هي أن الحقيقة بنت الجدل . وعلى أساس من ذلك كله تناول الكتاب النصوص المتعلقة بالنقض في المواد الجنائية في قانون حالات

وإجراءات الطعن بالنقض وهي المواد من ٣٠ - ٤٦ منه .

وبلاحظ مبدئيا - في هذا الصدد - أن أولى تلك المواد (المادة ٣٠ من القانون) - يشتمل نصها على بيان أساس لأبعاد الحق في الطعن بالنقض - من ناحية الأحكام الجائز الطعن فيها بالنقض ، ومن له حق الطعن بالنقض ونطاق حقه في هذا الصدد ، وأخيرا - الأحوال الجائز فيها الطعن بالنقض . وهي تقابل في هذا المادة ٥٦٧ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي ، وتتضمن بذلك هيكل الأحكام المتعلقة بموضوع الطعن بالنقض . كما تحدد المادة ٣٤ الإطار الشكلي لإجراءاته . وتحدد المادة ٣٩ إطار سلطة محكمة النقض في نظر الطعن والفصل فيه .

وقد حظيت المواد الثلاثة المذكورة بالقسط الاوفر من مادة الكتاب (٢٧٠ صحيفة من ٤٩٤)، وبخاصة المادة ٣٠ التي شغل التعليق عليها وبيان أصولها التشريعية والفقهية المبادئ القضائية المتصلة بها - ثلث الكتاب .

ونعرض فيما يلي

للموضوعات الأساسية التي عالجه - بترتيب يوفق بين المنهج الفقهي من ناحية وبين واقع تتابع النصوص من ناحية أخرى .

(أ) أبعاد حق الطعن بالنقض - المادة ٣٠ من القانون

ففيما يتعلق بالأحكام التي تتضمنها هذه المادة تناول الكتاب بوجه خاص - المسائل الآتية :

أ - من له حق الطعن ؛
الصفة والمصلحة في الطعن .
ب - محل الطعن ؛
الأحكام الجائز الطعن فيها بالنقض . ويعالج الكتاب الشروط التي يلزم توافرها في تلك الأحكام - من حيث اشتراط أن تكون في جنائية أو جنحة - دون المخالفات - وصادرة من جهة قضاء جنائي ، وأن تكون نهائية وصادرة من آخر درجة وفاصلة في الموضوع أو مانعة من السير في الدعوى .
والشرط الأخير تفصل أوضاعه المادة التالية (م ٣١ من القانون) .

وأما شرط أن يكون الحكم نهائيا وصادرا من آخر درجة فإنه - بوجه خاص - قد

احتاج إلى مقارنة بين الاصطلاح الفرنسي في هذا الصدد وبين المصطلحات التي استخدمها المشرع المصري حيث أنها في مجموعها تقابل عبارة en dernier ressort في القانون الفرنسي وهي تستعمل في الفقه القانوني الفرنسي بأوضاع مرنة تبدو أحيانا متناقضة (على سبيل المثال - Eneye Dalloz Penal Cass. N 80 غير أن تحليلها إلى شرطين متكاملين في صياغة التشريع المصري يساعد على إزالة ذلك التناقض الظاهر.

ج - أسانيد (أوجه) الطعن بالنقض

- أو الأحوال الجائز فيها الطعن بالنقض

- وما يخرج عن نطاق الطعن بالنقض، أو ما لا يجوز إثارته في الطعن بالنقض، أو ما تفترض فيه صحة حكم محكمة الموضوع: ١ - ما يدخل في استخلاص المحكمة للوقائع - ٢ - افتراض أن إجراءات المحاكمة قد اتبعت على وجه قانوني .

ويعالج الكتاب في شأن أسانيد الطعن بالنقض - الأحوال الثلاثة الواردة في المادة ٣٠ ويقسمها إلى فئتين :

١ - مخالفة القانون فيما يقضى به منطوق الحكم - سواء كانت المخالفة لقانون عقابي أو إجرائي .
٢ - بطلان الحكم - سواء كان البطلان ذاتيا في الحكم، أم كان ناشئا عن بطلان في إجراءات المحاكمة .

ذلك في حين أن نص المادة يعدد صورتين من البطلان (بعد: ١ - مخالفة القانون) ... ٢ - أن يقع بطلان في الحكم . ٣ - إذا وقع في الإجراءات بطلان أثر في الحكم .

ويرى المؤلف أن الجمع بين هاتين الصورتين كحالة واحدة هي بطلان الحكم لأي سبب كان - في مقابل الحالة الأخرى وهي مخالفة القانون - ذلك يحقق أساسا سليما للفرقة بين صورتين مقابلتين في فصل محكمة النقض في الطعن، بحيث أن النقض يكون دائما مع الإحالة في حالة البطلان لأي سبب كان ، ولا يكون مع الإحالة - أساسا - في حالة مخالفة القانون طبقا لما تقضى به المادة ٣٩ مما سنشير إليه فيما بعد.

(ب) إجراءات الطعن - المادة ٣٤

تنص المادة ٣٤ من القانون على نظام للتقرير بالطعن ثم ايداع مذكرة بالأسباب ، على نحو ما تنص عليه المواد ٥٧٦، ٥٨٤ وما بعدها من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي.

ويجب اتخاذ هذين الاجرائين :

التقرير بالطعن، وايداع مذكرة الأسباب في خلال موعد واحد طويل نسبيا هو أربعون يوما من صدور الحكم - وهما يكونان بذلك وحدة اجرائية متكاملة يترتب على عدم اكتمالها عدم قبول الطعن شكلا.

ويختلف ذلك عن نظام النقض الفرنسي الذي يتعين فيه التقرير بالطعن في موعد قصير نسبيا (٥ أيام - م ٥٦٨ أ ج ف) ويكون ميعاد ايداع مذكرات الأسباب هو ما يحدده المستشار المقرر بعد وصول ملف الطعن إليه طبقا للمادة ٥٨٨ أ ج ف.

(ج) نطاق الطعن بالنقض وسلطة محكمة النقض فيه : المادتان ٣٥ ، ٤٢

طبقا للمادة ٣٥ من قانون

النقض لا يجوز إبداء أسباب أخرى أمام المحكمة غير الأسباب التي أبديت بالذكرات في الميعاد المقرر في المادة السابقة (٣٤). وعلى ذلك يتحدد نطاق الدعوى أمام محكمة النقض بما أبدى من أسباب في مذكرة الطاعن المقدمة خلال ميعاد الطعن. ولا تقبل بعد ذلك أية أسباب جديدة Moyens nouveaux في مذكرات أوفى المرافعة بالجلسة .

وفي هذا فإن تعبير *moyens* في القانون في بعض أبعاده يعني «سبب الدعوى» (*cause*) (*petendi* أو سبب الطعن ، وهو يقابل فعلا في التشريع المصري لفظ أسباب الطعن التي تذكرها المادة ٢/٣٤ من قانون النقض، ومن ثم فإن تعدد أسباب الطعن الواردة في مذكرة الأسباب المقدمة من الطاعن تجعل الطعن متضمنا دعاوى متعددة بالبطلان يجب أن ترفض جميعا إذا كان للطعن في مجموعه أن يكون مصيره الرقض - لأن اختلاف أسباب الإبطال يجيز رفع دعاوى متعددة بطلب البطلان (بل إنها إذا رفعت متتابعة فلا تقف دون قبولها حجية الشيء المحكوم فيه) .

أما إذا قبل أحد الأسباب فهو يكفي لنقض الحكم بطبيعة الحال .

على أن المادة ٣٥ في فقرتها الثانية، وكذلك المادة ٤٢ من القانون تعطى تحديدات إضافية لنطاق الطعن وسلطة المحكمة في نقض الحكم المطعون فيه :
فلا ينقض من الحكم إلا ما كان متعلقا بالأوجه التي يبنى عليها النقض (الفقرة الأولى من المادة ٤٢).

ولكنه (طبقا لنيل الفقرة ذاتها) قد يمتد أثر الطعن إلى أجزاء أخرى من الحكم المطعون فيه إذا لم تكن التجزئة ممكنة، فينقض الحكم في شأنها بالتبعية . وتورد المادة ٦١٢ من قانون الإجراءات الجنائية الفرنسي، حكما مشابها فيما يتعلق بالنقض الجزئي ولكن صيغتها تجعله اختياريًا لمحكمة النقض، لتقريره استثناء من الأصل وهو النقض الكلي .

ومن ناحية أخرى تنص الفقرة الثانية من المادة ٤٢ من قانون النقض على أن الحكم لا ينقض الا بالنسبة إلى من قدم الطعن ما لم تكن الأوجه التي يبنى عليها النقض تتصل بغيره

من المتهمين فيحكم بنقض الحكم بالنسبة إليهم أيضا ولو لم يقدموا طعنا. ويمتد أثر الطعن في مثل هذه الحالة كذلك إلى غير الطاعن من المتهمين إذا كان قد قدم طعنا لم يقبل شكلا أو موضوعا .

هذا وتنص المادة ٣٥ من قانون النقض في فقرتها الثانية على أحوال تتجاوز فيها محكمة النقض الأسباب الواردة في مذكرة الطاعن فتناقض الحكم من تلقاء نفسها لأسباب عددها النص وهي تقابل ما يعرف في نظام النقض الفرنسي باسم *Causa petendi* ولا ينقض الحكم طبقا لهذا النص إلا إذا كان لصالح المتهم وذلك إما لمخالفته للقانون أو لأن المحكمة التي أصدرته لم تكن مشكلة وفقا للقانون أو لا ولاية لها بالفصل في الدعوى ، أو إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسري على واقعة الدعوى .

والحالة الأخيرة تقضى فيها محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز نظر الدعوى ونص المادة ٢/٣٥ من قانون النقض يبدو أنه يعطى على نحو ما سبق حلاً أكثر ملاءمة

بخاصة في حالة تخفيض التشريع الجديد للعقوبة دون إلغاء التجريم ذاته .

وقد حدد نص المادة ٢/٣٥ نطاق الاستناد إلى فكرة النظام العام في الاستثناء من قاعدة عدم قبول أسباب جديدة - بالحالات التي عددها على نحو ما سبق - غير أن محكمة النقض تترخص في بعض الأحوال في مد نطاق سلطتها في النقض من تلقاء نفسها لصالح المتهم .

(د) إجراءات نظر الطعن :

وفحص طعون الجنب في غرفة المشورة والافراج المؤقت عن الطاعن - المواد ٣٧، ٣٦ مكررا، ٤١

يتركز تنظيم إجراءات نظر الطعن في المادة ٣٧ من القانون، وقد أضيفت إلى القانون المادة ٣٦ مكررا - لتحديد بعض أوضاع إضافية بالنسبة للجنب. كما أن المادة ٤١ تتعرض لإجراء خاص بإخلاء سبيل الطاعن بكفالة .

وتذكر المادة ٣٧ تلاوة تقرير المستشار المقرر، واستماع المحكمة إلى أقوال النيابة العامة والمحامين عن الخصوم إذا رأت لزوما لذلك. وقد جاء نص المادة ٣٧

المقابلة للمادة ٦٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي - بصيغة فتحت الطريق للقول بأن استماع المحكمة إلى الخصوم جوازي، ويدافع المؤلف عن أن النص لا يعنى أكثر من هيمنة المحكمة على ألا تكون المرافعة مجرد تكرار لما جاء بالمذكرات أو يكون فيها خروج عن نطاق الطعن - بحيث يكون للمرافعة محل، على ما تجرى به صياغة المادة ٦٠٢ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي .


هذا وتضع المادة ٣٦ مكررا المضافة بالقانون نظاما لفحص الطعون في أحكام الجنب في غرفة المشورة لتفصل - بقرار مسبب - فيما يفصح من تلك الطعون عن عدم قبوله شكلا أو موضوعا - ولتقرير إحالة الطعون الأكثر جدية لنظرها بالجلسة ولها في هذه الحالة أن تأمر بوقف تنفيذ العقوبة المقيدة للحرية إلى حين الفصل في الطعن .

وقد تناول المؤلف بالتحليل النقدي الأسس الفقهية والتطبيق العلمي لهذا النظام. ويلاحظ أن الأمر بوقف

التنفيذ المنصوص عليه في هذه المادة يرتبط بكون الطعن بالنقض لا يوقف التنفيذ بحكم القانون في النظام المصري. (تقارن المادة ٥٦٩ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي المعدلة بالقانون ٦٤٣ لسنة ١٩٧٠ الصادر في ١٧/٦/١٩٧٠). ويرتبط بذلك

ما تنص عليه المادة ٤١ من القانون من سقوط الطعن إذا لم يكن الطاعن المحكوم عليه بعقوبة مقيدة للحرية قد تقدم للتنفيذ قبل يوم الجلسة. غير أنه قد نص في نهاية تلك المادة على حق المحكمة في إخلاء سبيل الطاعن المحكوم عليه بمثل تلك العقوبة - بكفالة، ولم يحدد النص إجراءات طلب ذلك ولا شروط إجابهته، ويكاد ألا يكون مطبقا في العمل .

(هـ) الحكم في الطعن - المادة ٣٩

تحدد المادة ٣٩ من القانون صور الفصل في الطعن - إما بعدم القبول، وإما بالنقض مع التصحيح إذا كان مبنيا على الخطأ في تطبيق القانون في منطوقه، أو بالنقض مع الإحالة إلى المحكمة التي أصدرت الحكم المطعون فيه لتحكم في الدعوى 

مشكلة من قضية آخرين. وذلك في أحوال الحكم المطعون فيه .

علي أن البحث يوضح كيف أنه في واقع قضاء النقض المصري لا يكون النقض بغير إحالة في كل أحوال مخالفة القانون - بل أن النقض يكون في بعض الأحوال مع الإحالة إذا كان الأمر يقتضي إعادة بحث محكمة الموضوع للوقائع.

وعلى أية حال فإن النص يقن صورة النقض دون إحالة التي يعرفها قضاء النقض لفرنسي ويمارسها - دون عس - في الأحوال التي يقدر

فيها أنه إذا أعيدت القضية الى قاضي الموضوع فلن يجد ما يحكم فيه (Eneyc Dalloz (penal) Cass. 398 et suiv.) وذلك حال أن المادة ٦٠٩ من قانون الاجراءات الجنائية الفرنسي تربط في نصها بين الحكم بالنقض وبين الإحالة .

وفيما عدا ما تقدم يعرض الكتاب ما ورد في المواد الثلاثة الأخيرة من قانون النقض (٥٧ لسنة ١٩٥٩) - وهي المواد ٤٤ ، ٤٥ ، ٤٦ - فيما يتعلق بتقيد محكمة الإحالة في بعض الأحوال بحكم النقض ، وتصدى محكمة النقض للفصل في الموضوع عند الطعن أمامها

في الحكم الصادر في الدعوى للمرة الثانية . وأخيرا في تعرض محكمة النقض للأحكام الصادرة بالاعدام في إطار نظام خاص بها - قدم المؤلف تقييما فقهيا خاصا بشأنه .

وبهذا فإن الكتاب - في إطار منهج التعليق على النصوص - قد واجه المشاكل العملية في التطبيق ، في ذات الوقت الذي واجه فيه ضرورة البحث عن الأصول الفقهية والتشريعية - تاريخاً ومقارنة - للاستبصار بشأن سلامة الحلول التي يقترحها، والتقييم الذي يعطيه لنظام النقض في المواد الجنائية في مصر .

وصف الدنيا :

على بن أبي طالب كرم الله وجهه في

، وآخرها فناء ، حلالها حساب ،
، استغنى فيها فتن ، ومن افتقر

الاعلانات القضائية

المادة ١٧٤ من قانون المحاماة رقم ١٧ لسنة ١٩٨٣

بموجب عقد مسجل ملخصه بمحكمة الجيزة الابتدائية برقم ٩٦٧ / ١٩٩٠ شركات تكونت شركة توصية بسيطة بين عبد الستار عبد البصير أحمد الدسوقي وضياء سالم فلاح قطيشات أردنى الجنسية ، وشريكين موصيين باسم الشركة المصرية الاردنية للأعمال الفنية (البتراء) عبد الستار الدسوقي وشركاه غرضها الإنتاج والتوزيع السينمائي والتلفزيوني والمسرحي والاذاعي وإنتاج وتوزيع أشرطة الكاسيت الصوتي والفيديو كاسيت والخدمات الإنتاجية والفنية والدعاية والاعلان ومركزها شقة ٤ عمارة ٤٨ مشروع عمارات أبو الفتوح بشارع الهرم بالجيزة برأسمال ٥٠٠٠٠٠ جنيه حصة الطرف الأول ٢٥٥٠٠ جنيه والثاني ١٠٠٠٠ جنيه وحصة التوصية ١٤٥٠٠ جنيه ومدتها ٥ سنوات تبدأ من ١٩٩٠/٣/٢٥ قابلة للتجديد والادارة والتوقيع للطرفين الأول والثاني مجتمعين .

في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الايمان بقضاء الله وقدره .. ينعى
مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا إلى رحمة الله تعالى ..
افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً . ويتضرع المجلس إلى العلى
القدير أن يتقدمهم برحمته وأن يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم
أسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر والسلوان .

المحامى	الأستاذ / أحمد إبراهيم السعدى
المحامى	الأستاذ / لطفى المراغى
المحامى	الأستاذ / حسين حسن ورده
المحامى	الأستاذ / محمد إسماعيل حواس
المحامى	الأستاذ / يوسف الياس شحاته
المحامى	الأستاذ / أحمد عبد الرحمن فهمى
المحامى	الأستاذ / أحمد موسى عفيفى
المحامى	الأستاذ / محمد محمد محمد حماد
المحامى	الأستاذ / عبد الرحيم عزت محمد ابو عوف
المحامى	الأستاذ / يوسف محمد العيسوى
المحامى	الأستاذ / كمال منير كراس
المحامى	الأستاذ / محمد عيد الله الكومى
المحامى	الأستاذ / سامى بشاره ملطى
المحامى	الأستاذ / عبد العاطى أبو سليمان
المحامى	الأستاذ / فخر الدين محمد ابو زيد
المحامى	الأستاذ / عبد الله موسى عثمان
المحامى	الأستاذ / عبد الحميد حمزة سليمان
المحامى	الأستاذ / عبد العزيز عبد الهادى
المحامى	الأستاذ / فرغلى أحمد فرغلى

فهرس العدد

الصفحة

الموضوع

تقديم

للسيد الأستاذ عصمت الهوارى - سكرتير التحرير - وكيل نقابة المحامين ١

أولا - الأحكام

● من قضاء المحاكم ٣

ثانيا - الابحاث

● أحكام الأرض فى الشريعة الاسلامية

للأستاذ المستشار / محمود الشربيني

نائب رئيس مجلس الدولة وعضو المجلس الأعلى للشئون الاسلامية ٤٦

● حقوق الانسان والحريات المتعلقة بمصالح الأفراد المادية (دراسة مقارنة)

للأستاذ الدكتور / حسنى درويش عبد الحميد المستشار بمجلس الدولة ٥٣

● نظرية الشركة فى الفقه الاسلامى

للأستاذ الدكتور / نجيب محمد بكير ٨٠

● على هامش قانون السلطة القضائية

للسيد الأستاذ / حسين محمد البسومى - المحامى ١١١

● دراسة وجيزة فى شأن حالة الطوارئ

للأستاذ المستشار / عثمان حسين عبد الله

نائب رئيس محكمة النقض وعضو مجلس الدولة (سابقا) ١٢٨

● حدود مشروعية قانون العقوبات المصرى فى ضوء

مبادئ الشريعة الاسلامية

للسيد الأستاذ / كمال عبد الواحد الجوهري - المحامى ١٣٧

● كتاب جديد

الطعن بالنقض فى المواد الجنائية

تعليق ودراسة مقارنة بنظام النقض الفرنسى

للأستاذ الدكتور / حسن علام - المحامى ١٦٦

رقم الايداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة
أول شارع الجيش - القاهرة
تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات في كلمات

مَنْ نَصَّبَ نَفْسَهُ لِلنَّاسِ إِمَامًا ، فَلْيَبْدَأْ بِتَعْلِيمِ نَفْسِهِ قَبْلَ تَعْلِيمِ غَيْرِهِ ،
وَلْيَكُنْ تَأْدِيبُهُ بِسِيرَتِهِ قَبْلَ تَأْدِيبِهِ بِلِسَانِهِ ، وَمَعْلَمُ نَفْسِهِ وَمُؤَدِّبُهَا أَحَقُّ
بِالْإِجْلَالِ مِنَ مَعْلَمِ النَّاسِ وَمُؤَدِّبِهِمْ .

الإمام علي بن أبي طالب

★ ★ ★

إن الرئاسة ميسورة ، أما الزعامة فنادرة ، فالرئاسة منصب من عمل
البشر ، أما الزعامة ففوق كرامة من عند الله لا تبرزها إلا الحوادث والعبر ..
إنها قبس إلهي تلهبه يد القدر ، كلما مست الحاجة أو اقترب الخطر .

حكيم

★ ★ ★

يولد بعض الناس عظماء ، ويتحل آخرون العظمة ، بينما تساق اغتصاباً
لفريق ثالث .

نكسبير

★ ★ ★

الحرية شيء ينتزعه الرجل لنفسه انتزاعاً ، لأنها لن تكون يوماً شيئاً
نستجديه .

جان جاك روسو

★ ★ ★

خير المال ما أغناك ، وخير منه ما كفاك ، وخير إخوانك من واساك ،
وخير منه من كفاك شره .

الإمام علي بن أبي طالب

★ ★ ★

كل أمر يقف في طريق حريتنا لا يصح أن نقبله مطلقاً ، مهما كان الأمر
به .

الزعيم خالد الذكر سعد زغلول

قالوا عن المحاماة

كنت أتمنى أن أكون محامياً ،
لأن المحاماة أجل مهنة فى
العالم .

فولتير

دار الطباعة المحيطة
ت : 4.8318

تصدرها
نقابة
المحاميين
بجمهورية
مصر
العربية

الكتاب القانوني



العددان السابع والثامن - سبتمبر وأكتوبر ١٩٩٠ - السنة السبعون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَالْعَصْرِ ① إِنَّ الْإِنْسَانَ لَفِي خُسْرٍ ② إِلَّا الَّذِينَ ءَامَنُوا
وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ وَتَوَّصَوْا بِالْحَقِّ وَتَوَّصَوْا بِالصَّبْرِ ③
صدق الله العظيم

مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية

للسيد الأستاذ/ احمد جمعه شحاته - المحامى بالنقض

حرية المواطن المصرى

للسيد الأستاذ / شكرى محمد سيد دسوقي
المحامى

اثبات الجنسية

للسيد الأستاذ / د . هشام خالد
المحامى

اصلاح النظام القضائى المصرى

للاستاذ/ عبد الفتاح عبد المنعم الصبروتى
المحامى

دعوى الالغاء

للسيد الأستاذ / صابر الرواح
المحامى

الشروع فى الجريمة - البدء فى التنفيذ

للسيد الأستاذ/ عبد العاطى عبد المقصود
بدر حماد - المحامى

العود، كسبب لتشديد المسئولية الجنائية

للسيد الأستاذ/ رفعت محمد ابراهيم الشاذلى
المحامى

كتب جديدة

المحاكم الخاصة فى مصر

للسيد الدكتور / اسامة الشناوى
رئيس المحكمة ومساعد المدعى العام الاشتراكى

الجريمة السياسية

للسيد الدكتور/عبد الوهاب محمد عبداللطراوى
المحامى

كلمات

من

نور

قال صلى الله عليه وسلم :

من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إن المقسطين عند الله على منابر من نور ، الذين يعدلون في حكمهم في أهلهم وما أولوا .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

أهل الجنة ثلاثة : ذو سلطان مقسط موفق ، ورجل رحيم رقيق القلب لكل ذي قربى ومسلم ، لكل ذي قربى ، وعفيف متعفف ذو عيال .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إنكم ستحرصون على الإمارة ، وستكون ندامة يوم القيامة .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إذا أراد الله بالأمير خيرا ، جعل له وزير صدق ، إن نسي نكره ، وإن ذكر أعانه ، وإذا أراد به غير ذلك جعل له وزير سوء ، أن نسي لم يذكره ، وإن ذكر لم يعنه .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

اتقوا الله ولو بشق تمره ، فمن لم يجد فبكلمة طيبة .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

منصب القضاء

إذا كان حقا على الناس أن تحيط القضاء بالاحترام والتقدير ، فإن ذلك من منطلق إيمانهم بأنه بغير القضاء يصبح القانون ضعيفا وعاجزا ولا خير فيه ، فمنصب القضاء من أعظم المناصب رفعة وسموا وإجلالا ، فالقضاء هو السبيل لتحقيق العدل والحق والأمن والاستقرار ، وحسب القضاء شرفا ومجدا وتكريما أن يكون الرسول ﷺ أول قاض في الاسلام ، فقال تعالى (وإن أحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم) ، وقال تعالى (إنما كان قول المؤمنين إذا دعوا إلى الله ورسوله ليحكم بينهم ، أن يقولوا سمعنا وأطعنا) ..

فأي تكريم للقضاء أعظم وأروع من أن يضع الله سبحانه وتعالى في مرتبة رفيعة عالية ، الأمر الذي يتعين معه أن يصادف من شاغل ذلك المنصب أن يكون أمينا ويتقى الله فيما يقضى . فإذا قضى فلا يقضى إلا حقا وعدلا ، وأن يكون قضاؤه وليد إحساسه باستقلاله ، ولن يتحقق ذلك إلا من خشية الخالق لا خشية المخلوق ، لأن من يخاف الخالق سبحانه وتعالى لن يخاف المخلوق ، ومن يخاف المخلوق لن يخاف الخالق ، ومن لا يخاف الخالق ولا يخشاه اضطرب في يده ميزان العدل والحق ..!!

إن منصب القاضي يفرض على شاغله عديدا من المسؤوليات والواجبات ، أولها نهى الناس عن الهوى ، فيحكم بين الناس بالعدل ، وأن ينتصر للمظلوم بأنه يرد الظالم عن ظلمه أيا كان موقع الظالم ، وأن يؤمن أن رسالة العدل هي جزء لا يتفصل عن عبادة الله ، وأن يتذكر وقوف الخصوم بين يديه ، وقيامه معهم يوم القيامة ، يوم يقوم الناس لرب العالمين وأحكم الحاكمين ، يوم لا ينفع الظالمين معذرتهم ، وأن يتذكر قول الرسول الكريم في حديثه الشريف (إن المقسطين عند الله على منابر من نور عن يمين الرحمن ، الذين يعدلون في حكمهم وأهليهم وما ولوا) .

تقديم

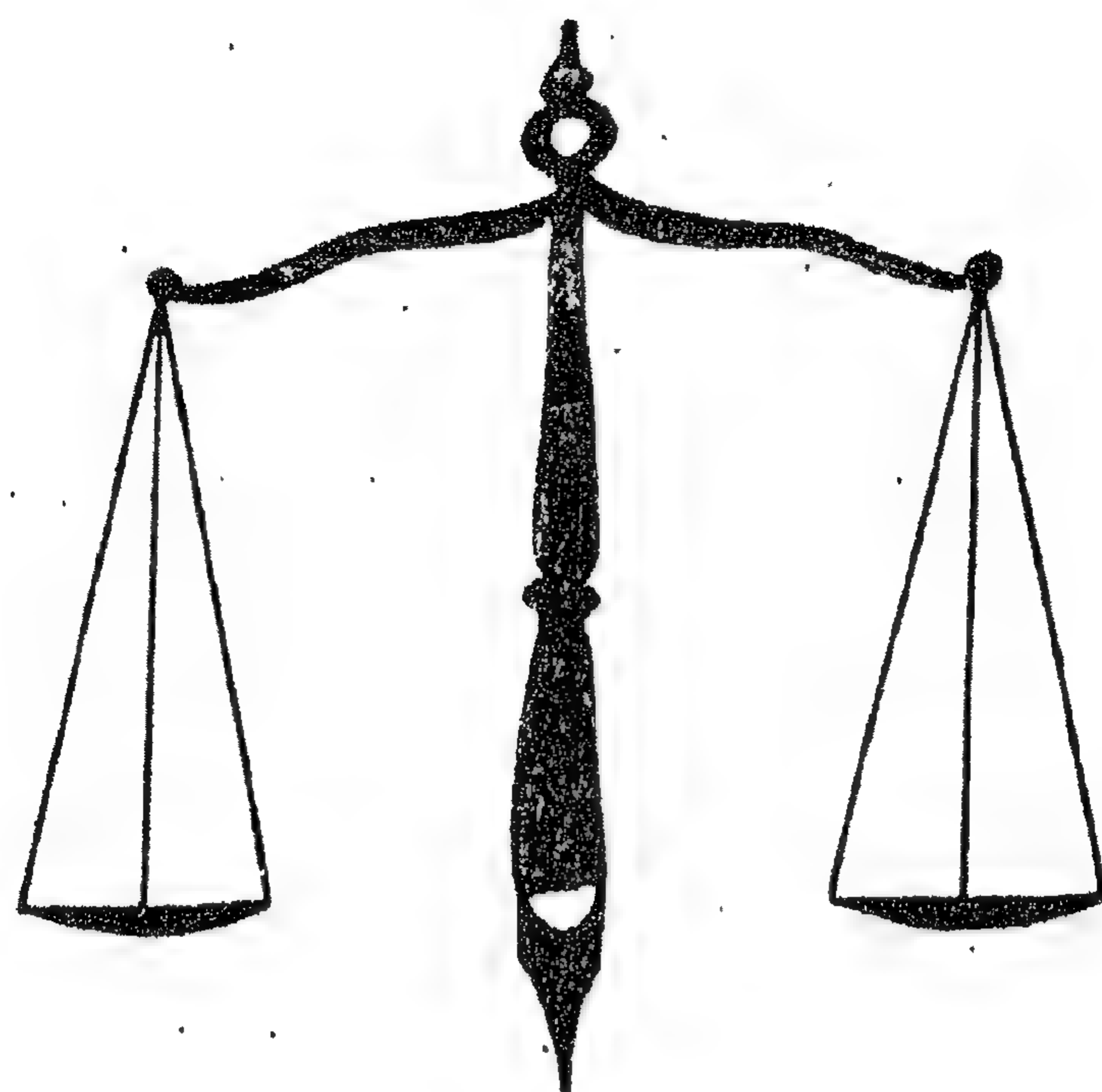
للسيد الاستاذ
عصمت الهوارى
المحامى
وكيل نقابة
المحاميين
وسكرتير التحرير

المحامون والمجتمع ...

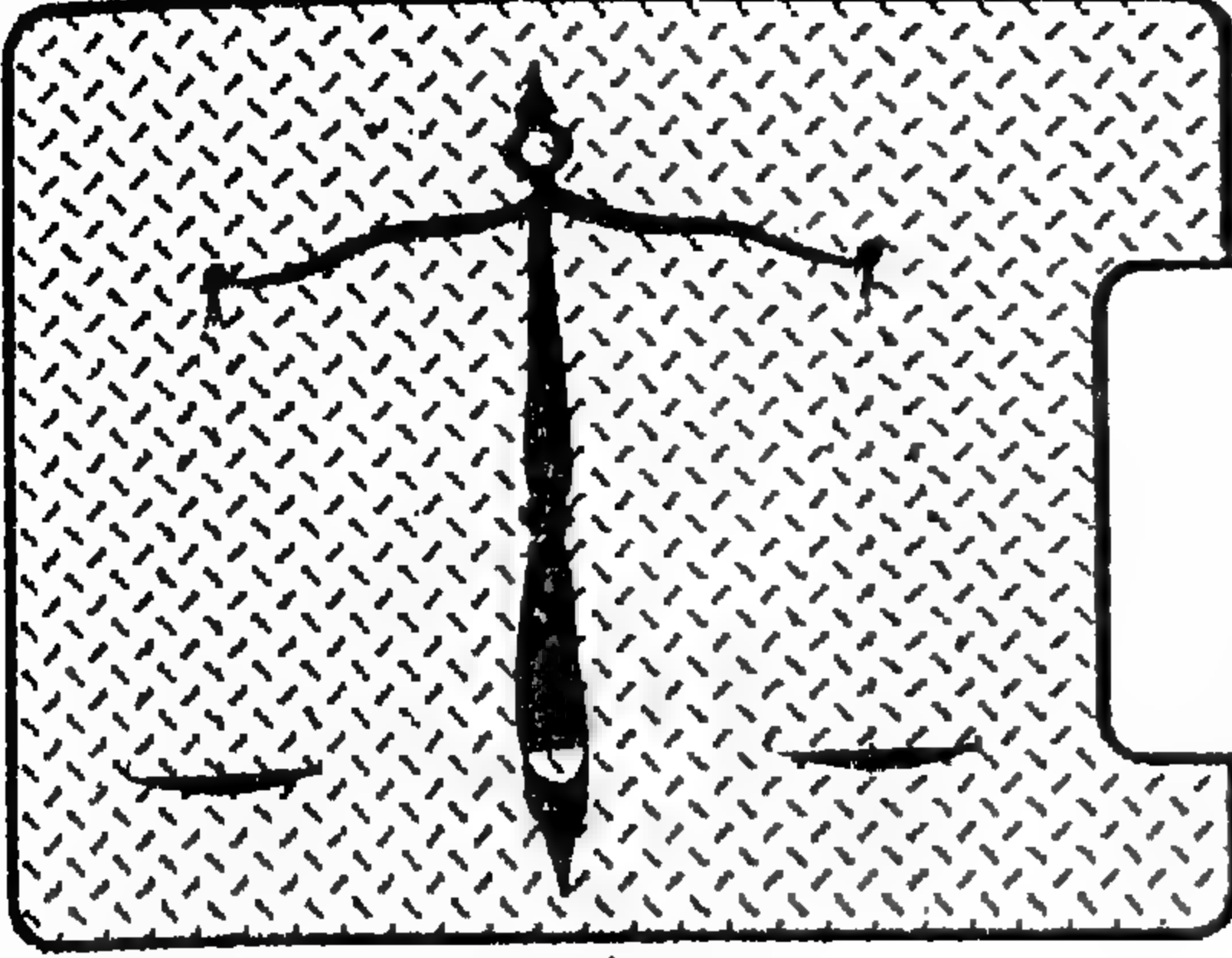
إن المحامين قلب المجتمع النابض ، وسيظلون لسانه المعبر ،
وصوته الناطق ، وستظل نقابة المحامين أقوى قلاع الحرية ،
لأنها تقوم على أكتاف المحامين ، ولا تعمل إلا وفق مشيئتهم
وإرادتهم .

الأستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



احكام المحكمة الدستورية العليا

برئاسة السيد المستشار مدوح مصطفى حسن رئيس المحكمة وحضور السادة
المستشارين د. عوض محمد عوض المر ، واصل علاء الدين ، محمد ولى الدين
جلال ، نهاد عبد الحميد خلاف ، فاروق عبد الرحيم غنيم ، حمدى محمد محمد على
وحضور السيد المستشار السيد عبد الحميد عمارة المفوض .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق والمدولة قانونا .
حيث ان الوقائع - على ما يبين من قرار
الاحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن النيابة
العامة أسندت للمدعى عليها الأولى ارتكاب
جريمة الزنا مع المدعى عليه الثانى حال قيام
رابطة الزوجية بينها وبين زوجها عاطف محمد
المصرى ، وطلبت النيابة عقابهما بالمواد ٤٠
و ٤١ و ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون
العقوبات . وأثناء نظر الدعوى أمام محكمة بندر
ميت غمر ، تراءى للمحكمة عدم دستورية بعض
مواد الاتهام فقضت بجلسة ١١ يولية ١٩٨٨
بوقف الدعوى واحالتها الى المحكمة الدستورية
العليا للفصل فى دستورية المواد ٢٧٣ و ٢٧٤
و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون العقوبات ، استنادا الى
أن هذه المواد اذ تعاقب الزوجة الزانية هي
وشريكها بالحبس ، وتعلق ذلك على تقديم طلب
من الزوج ، وتحدد الأدلة التى يجوز قبولها حجة
على المتهم بالزنا ، تكون قد انطوت على مخالفة
لمبادئ الشريعة الاسلامية التى أصبحت طبقا

(١)

جلسة ١٩٩٠/٢/٣

الاجراءات :

بتاريخ ٦ أغسطس ١٩٨٨ ورد الى قلم كتاب
المحكمة ملف الدعوى رقم ٣١٩٥ لسنة ١٩٨٨
جنح قسم ميت غمر بعد أن قضت محكمة بندر
ميت غمر بجلسة ١١ يولية ١٩٨٨ بوقف
الدعوى واحالة الأوراق الى المحكمة الدستورية
العليا للفصل فى دستورية المواد ٢٧٣ و ٢٧٤
و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون العقوبات .

قدمت هيئة قضايا الدولة مذكرة طلبت فيها
الحكم برفض الدعوى .

وبعد تحضير الدعوى ، أودعت هيئة
المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر
الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار الحكم فيها
بجلسة اليوم .

للمادة الثانية من الدستور المصدر الرئيسى للتشريع ، وذلك ، باعتبار أن الزنا من جرائم الحدود التى بينت الشريعة الاسلامية أركانها وكيفية اثباتها ، والعقوبة المقررة لها والحالات التى يمتنع فيها توقيع الحد أو تؤدى الى اسقاطه .

وحيث أن المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات - الصادر بالقانون رقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ والمعمول به من ١٥ أكتوبر ١٩٣٧ - تنص على أنه «لا تجوز محاكمة الزانية الا بناء على دعوى زوجها ...» كما تنص المادة ٢٧٤ منه على أن «المرأة المتزوجة التى ثبت زناها يحكم عليها بالحبس مدة لا تزيد على سنتين ، لكن لزوجها أن يقف تنفيذ هذا الحكم برضائه معاشرتها ...» وتنص المادة ٢٧٦ منه على أن «الأدلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل ، أو اعترافه ، أو وجود مكاتيب أو أوراق أخرى مكتوبة منه ، أو وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم» .

وحيث أنه يبين من تعديل الدستور الذى تم بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ أن المادة الثانية منه أصبحت تنص على أن «الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الاسلامية المصدر الرئيسى للتشريع» بعد أن كانت تنص عند صدور الدستور فى ١١ سبتمبر ١٩٧١ ، على أن «الاسلام دين الدولة واللغة العربية لغتها الرسمية ومبادئ الشريعة الاسلامية مصدر رئيسى للتشريع» . والعبارة الأخيرة من هذا النص لم يكن لها سابقة فى أى من الدساتير المصرية المتعاقبة .

وحيث أنه لما كان من المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الزام المشرع باتخاذ مبادئ الشريعة الاسلامية المصدر

الرئيسى للتشريع - بعد تعديل المادة الثانية من الدستور فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - لا ينصرف سوى الى التشريعات التى تصدر بعد التاريخ الذى فرض فيه هذا الالتزام ، بحيث اذا انطوى أى منها على ما يتعارض مع مبادئ الشريعة الاسلامية يكون قد وقع فى حومة المخالفة الدستورية ، أما التشريعات السابقة على هذا التاريخ فلا ينأتى انقاذ حكم الالتزام المشار إليه بالنسبة لها لصدورها فعلا من قبله أى فى وقت لم يكن فيه القيد المتضمن هذا الالتزام قائما واجب الاعمال ، ومن ثم فإن هذه التشريعات تكون بمنأى عن هذا القيد وهو مناط الرقابة الدستورية .

وحيث أنه ترتبنا على ما تقدم ، ولما كان مبنى الطعن هو مخالفة المواد ٢٧٣ و ٢٧٤ و ٢٧٥ و ٢٧٦ من قانون العقوبات للمادة الثانية من الدستور لخروجها على مبادئ الشريعة الاسلامية التى تجعل الزنا من جرائم الحدود على ما سلف بيانه ، واذا كان القيد المقرر بمقتضى هذه المادة - بعد تعديلها فى ٢٢ مايو ١٩٨٠ - والمتضمن الزام المشرع بعدم مخالفة الشريعة الاسلامية ، لا ينأتى أعماله بالنسبة للتشريعات السابقة عليه ، وكانت المواد المشار إليها من قانون العقوبات لم يلحقها أى تعديل بعد التاريخ المذكور ، فإن النعى عليها وحالتها هذه بمخالفة المادة الثانية من الدستور - وأيا كان وجه الرأى فى تعارضها مع مبادئ الشريعة الاسلامية - يكون فى غير محله ، الأمر الذى يتعين معه الحكم برفض الدعوى .

لهذه الأسباب :

حكمت المحكمة برفض الدعوى .

القضية رقم ٢٤ لسنة ١٠ قضائية (دستورية)

القضاء الإداري والمحكمة الإدارية العليا
ومحكمة النقض .

(٢)

جلسة ١٩٩٠/٣/٣

الاجراءات :

بتاريخ ٢٥ سبتمبر سنة ١٩٨٦ ورد الى المحكمة كتاب السيد المستشار وزير العدل بطلب تفسير نص المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وذلك بناء على طلب المجلس الأعلى للهيئات القضائية .

وبعد تحضير الطلب أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظر الطلب على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار القرار فيه بجلسة اليوم .

المحكمة :

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة :

حيث أن المجلس الاعلى للهيئات القضائية طلب تفسير نص المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ ، وذلك لتحديد وظيفة عضو الهيئات القضائية المعادلة لدرجة نائب وزير والذي يعامل معاملته في المعاش وفقاً لنص المادة ٣١ سالفة الذكر وبيان ما اذا كان يتسع نطاقها ليشمل الوظيفة القضائية متى بلغ مرتب شاغلها ما يعادل مرتب نائب الوزير اعمالا للفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جداول المرتبات المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ بتعديل بعض أحكام قوانين الهيئات القضائية ، وذلك تأسيساً على أن هذا النص قد أثار خلافاً في التطبيق بين محكمة

وحيث أن المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ قررت معاملة خاصة من حيث المعاش لكل من الوزير ونائب الوزير . فنصت في فقرتها الأولى على أن «يسوى معاش المؤمن عليه الذي شغل منصب وزير أو نائب وزير على أساس آخر أجر تقاضاه وذلك وفقاً للآتي :

(أولاً) يستحق الوزير معاشاً مقداره ١٥٠ جنيهاً شهرياً ونائب الوزير معاشاً مقداره ١٢٠ جنيهاً شهرياً في الحالات الآتية «٠٠ ، وقد بينت الفقرات (١) و (٢) و (٣) من البند (أولاً) مدد الاشتراك في التأمين والمدد اللازم قضاؤها في أحد المنصبين أو فيهما معاً لاستحقاق المعاش المذكور ، ونص البند (ثانياً) منها على أن «يسوى له المعاش عن مدة اشتراكه في التأمين التي تزيد على المدد المنصوص عليها في البند (أولاً) ويضاف الى المعاش المستحق وفقاً للبند المذكور على ألا يتجاوز مجموع المعاشين الحد الأقصى المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة ٢٠ ، ونص في البند (ثالثاً) على أنه «إذا لم تبلغ مدة الخدمة التي قضاها في هذين المنصبين أو أحدهما القدر المشار إليه بالبند (أولاً) استحق معاشاً يحسب وفقاً لمدة الاشتراك في التأمين على أساس آخر أجر تقاضاه ، فإذا قل المعاش عن ٢٥ جنيهاً شهرياً خير بين المعاش أو تعويض الدفعة الواحدة» .

وحيث أنه يبين من تقصى قوانين السلطة القضائية المتتالية بدءاً بقانونها الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ أن جدول المرتبات

الملحق به كفل لكبار رجال القضاء معاملة خاصة في المعاش ، فنص على معاملة رئيس محكمة النقض معاملة الوزير من حيث المعاش وأن يعامل كل من «نواب رئيس محكمة النقض» ، (وشاغلي الوظائف القضائية الأخرى المعادلة) «معاملة من هو في حكم درجته في المعاش» وعلى أن يعامل كل من «المحامى العام الأول» (وشاغلي الوظائف القضائية الأخرى المعادلة) معاملة من هو في حكم درجته في المعاش ، وقد حرص. المشرع على ترديد النص على هذه الميزة لشاغلي تلك الوظائف القضائية الكبرى عند تعديله لجدول المرتبات المشار إليه بالقرار بقانون رقم ٧٤ لسنة ١٩٦٣ فأعاد النص عليها في جدول المرتبات الملحق بهذا القانون أيضا ، كما أكد ذلك مرة ثالثة في قانون السلطة القضائية الصادر بالقانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ ، فبعد أن حدد في جدول المرتبات الملحق بهذا القانون الربط المالى لنواب رئيس محكمة النقض ورؤساء محاكم الاستئناف ... والربط المالى لنواب رؤساء محاكم الاستئناف والمحامى العام الأول ، قضى بأن يعامل كل من هؤلاء جميعا «معاملة من هو في حكم درجته في المعاش ، الأمر الذى يدل بوضوح - ازاء تكرار النص على هذه الميزة في المعاملة التقاعدية لشاغلي المناصب القضائية الكبرى - على قصد الشارع اعتبارها جزءا من الكيان الوظيفى لرجال القضاء والاتجاه دائما الى توفير المزيد من أسباب الحياة الكريمة لهم وتأمينها فى أخرج مراحلها عند بلوغ سن التقاعد ومواكبة لسائر النظم القضائية فى دول العالم ، فلا يتصور وقد خلت نصوص قانون السلطة القضائية الحالى الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ من الإشارة الى هذه الميزة أن يكون المشرع قد رأى ضمنا إلغاءها ،

ذلك أنها وقد أصبحت باطراد النص عليها فى قانونى السلطة القضائية السابقين دعامة أساسية فى النظام الوظيفى لرجال القضاء فانه لا يجوز حرمانهم منها لما يترتب على ذلك من الانتقاص من المزايا المقررة ، وهو ما يتعارض مع ما أفصح عنه المشرع فى المذكرة الإيضاحية للقانون الحالى من أن من بين ما استهدفه هذا القانون «توفير المزيد من الضمانات والحوافز لرجال القضاء وتأمين حاضرتهم ومستقبلهم وسعى بالنظام القضائى نحو الكمال» ، يؤيد ذلك أن قانون السلطة القضائية القائم وصدر فى ظل قانون التأمين والمعاشات الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ الذى أوجب عدم تجاوز المعاش حدا أقصى حددته المادة ٢١ منه بالنسبة «للوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» وحدا آخر بالنسبة «لنواب الوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» ، مما يستفاد منه أن الأحكام الخاصة بمعاش الوزير أو نائب الوزير وفقا للمادة ٢٢ من القانون المشار إليه لا تسرى فحسب على من يشغل وظيفة وزير أو نائب وزير وإنما تسرى كذلك على من يتقاضون مرتبا مماثلا لمرتب الوزير أو نائب الوزير أى على من هو فى حكم درجته ، وبالتالي لم يكن قانون السلطة القضائية الحالى فى حاجة الى تكرار النص من جديد على تلك الميزة التى أصبحت باطراد النص عليها فى القوانين السابقة أصلا ثابتا فى النظام الوظيفى لرجال القضاء ، تدخل ضمن ما عناه المشرع فى القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ باصدار قانون التأمين الاجتماعى القائم بالنص فى الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون الاصدار على أن «يستمر العمل بالمزايا المقررة فى القوانين والأنظمة الوظيفية للعاملين بكادرات خاصة ، مما مفاده أن معاملة كل من

شاغلي الوظائف القضائية الكبرى معاملة من هو في حكم درجته في المعاش ميزة مقررة لهم ظلت قائمة حتى صدور قانون التأمين الاجتماعي الحالي واستمر العمل بها طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون إصداره .

وحيث أن الخلاف القائم بشأن تحديد الوظيفة القضائية المعادلة لدرجة نائب الوزير في تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ وتحديد الميقات الذي يتحقق فيه لشاغل الوظيفة هذا التعادل ، إنما يدور في الحقيقة حول المعيار الذي يجرى على أساسه التعادل بينوظيفتين .

وحيث أنه يبين من الاطلاع على قوانين التأمين والمعاشات - التي صدر في ظلها قانونا السلطة القضائية السابقان رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ورقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ أن المشرع عندما أراد أن يحدد الأساس الذي يقوم عليه التعادل بين وظائف الوزراء ونواب الوزراء وبين الوظائف الأخرى التي يفيد شاغلوها من الحد الأقصى للمعاش المقرر لكل من الوزراء ونواب الوزراء ، قد أرسى هذا الأساس في قاعدة عامة منضبطة تعتد بالتمائل بين مرتب الوزير أو نائب الوزير والمرتب الذي يتقاضاه شاغلو الوظائف الأخرى ، وقد ورد النص على هذه القاعدة في المادة ٢٤ من القرار بقانون رقم ٣٩٤ لسنة ١٩٥٦ بإنشاء صندوق للتأمين والمعاشات ، التي أوجبت ألا يجاوز المعاش حدا أقصى حددته بالنسبة لكل من «الوزراء ونواب الوزراء ، ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» ، وقد حرص المشرع على ترديد النص على هذه القاعدة في المادة ٢٩ من قانون التأمين والمعاشات الصادر بالقرار بقانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٦٠ كما أكد النص عليها

مرة ثالثة في المادة ٢١ من قانون التأمين والمعاشات الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٠ لسنة ١٩٦٣ التي حددت للمعاش حدا أقصى بالنسبة «لوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» وحدا آخر بالنسبة إلى نواب الوزراء ومن يتقاضون مرتبات مماثلة» ، وبذلك يكون المشروع التأميني قد أفصح عن قصده في تحديد الأساس الذي يجرى عليه التعادل بين وظائف الوزراء ونواب الوزراء والوظائف الأخرى ، وكان قصده في ذلك واضحا وصريحا في الاعتداد بالمرتب الفعلي كأساس للتعادل بين هذه الوظائف في تطبيق أحكام قوانين المعاشات ، على اعتبار أن معيار المرتب المتماثل هو المعيار الأعدل الذي يحقق المساواة في المعاملة من حيث المعاش بين من يتقاضون مرتبات متماثلة ، وقد اطرده النص على هذه القاعدة في قوانين التأمين والمعاشات السابقة حتى غدت أمرا مسلما وحكما مقرا لم يعد في حاجة إلى النص عليه وتوكيده ، واستمرت قائمة ومنفذه وصدر في ظلها قانونا السلطة القضائية السابقان رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ورقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ اللذان كفلا لكبار رجال القضاء معاملة «كل منهم معاملة من هو في حكم درجته في المعاش» ، وإذا صح أن هذه العبارة قد جاءت في ظاهرها غير قاطعة الدلالة في تحديدها لأساس التعادل بين الوظائف القضائية والوظائف الأخرى التي يعامل شاغلوها معاملة خاصة من حيث المعاش ، فقد وجب استجلاء معناها وتحديد مضمونه بمفهومه الذي وضع واستقر النص عليه في قوانين التأمين والمعاشات التي كانت قائمة ومعمولا بها وقتذاك باعتبارها القوانين المنظمة لقواعد المعاشات التي حال إليها النص الخاص بمعاملة رجال القضاء ، وذلك تحقيقا للتناسق والتوافق بين النصوص القانونية

المتعلقة بموضوع واحد وتجنباً لأي تعارض يثور بينها في مجال التطبيق . وإذا كانت معاملة كل من شاغلي الوظائف القضائية التي حددها النص «معاملة من هو في حكم درجته في المعاش» ، ميزة مقرررة لهم ظلت قائمة حتى صدر قانون التأمين الاجتماعي الحالي بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ واستمر العمل بها طبقاً للفقرة الأولى من المادة الرابعة من قانون إصداره على ما سلف البيان ، فقد لزم أعمال التعادل وفقاً لحكمها بمفهومه الذي ثبت واستقر في قوانين المعاشات التي تقرر تلك الميزة في ظلها مادام أن قانون التأمين الاجتماعي القائم لم يتضمن حكماً مغايراً ، ومن ثم يجري التعادل بين وظائف الوزراء ونواب الوزراء وبين شاغلي الوظائف القضائية على أساس ما يتقاضونه من مرتبات فعلية دون اعتداد ببداية المربوط المالي لهذه الوظائف أو بمتوسط مربوطها ، ويؤيد ذلك أن المادة ٧٠ من قانون السلطة القضائية الحالي تنص على تسوية معاش القاضي في جميع حالات انتهاء الخدمة «على أساس آخر مربوط الوظيفة التي كان يشغلها أو آخر مرتب كان يتقاضاه أيهما أصلح له» مما مؤداه تسوية معاش عضو الهيئة القضائية على أساس آخر مرتب كان يتقاضاه ولو جاوز به نهاية مربوط الوظيفة التي كان يشغلها نتيجة لانطلاقه بالمرتب في حدود مربوط الوظيفة الا على مباشرة أعمالاً لنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جداول مرتبات أعضاء الهيئات القضائية المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ والتي تقضى باستحقاق «العضو الذي يبلغ مرتبه نهاية مربوط الوظيفة التي يشغلها علاوة المقررة للوظيفة الا على مباشرة ولو لم يرق إليها بشرط ألا يجاوز مرتبه نهاية مربوط

الوظيفة» لما كان ذلك وكانت الميزة المقررة لرجال القضاء تقضى بمعاملة كل من «نواب رئيس محكمة النقض ورؤساء محاكم الاستئناف الأخرى معاملة من هو في حكم درجته في المعاش» ، كما تقضى بمعاملة كل من نواب رؤساء محاكم الاستئناف والمحامين العامين الأول «معاملة من هو في حكم درجته في المعاش» ، وكان التعادل بين هذه الوظائف القضائية والوظائف الأخرى التي يعامل شاغلوها معاملة خاصة في المعاش يجري على أساس ما يتقاضاه شاغلو الوظائف القضائية من مرتبات مماثلة ، ومن ثم فإن معاملة أي من هؤلاء المعاملة المقررة لشاغلي الوظائف الأخرى من حيث المعاش تكون منذ بلوغه مرتباً مماثلاً للمرتب المقرر للوظيفة المعادلة .

وحيث أنه يبين من استعراض تطور المرتب المقرر لنائب الوزير مقارنة بما طرأ من تطور كذلك في المرتب المقرر لكل من نائب رئيس محكمة الاستئناف ونائب رئيس محكمة النقض لبيان مدى تعادل أي من هاتين الوظيفتين مع درجة نائب الوزير في مجال تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي ، يبين أن الدرجة المالية لنائب الوزير ذات مربوط ثابت بدأ بمبلغ ٢٠٠٠ جنيه سنوياً طبقاً للقانون رقم ٢٢٣ لسنة ١٩٥٣ زيد بالقوانين أرقام ١٣٤ لسنة ١٩٨٠ و ١١٤ لسنة ١٩٨١ و ٣١ لسنة ١٩٨٣ الى أن بلغ ٢٦٧٨ جنيه بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٨٤ وأما عن المرتب المقرر لنائب رئيس محكمة الاستئناف منذ العمل بالقرار بقانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ ، فقد تقرر في هذا القانون لوظيفة المحامي العام الأول (المقابلة لها) درجة مالية ذات مربوط ثابت مقداره ١٨٠٠ جنيه سنوياً ، زيد الى ١٩٠٠ جنيه بالقانون رقم ٤٣

لسنة ١٩٦٥ وظل لها هذا المربوط فى القرار بقانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ ، ثم أصبح مربوطها متدرجا ذا بداية ونهاية من ١٩٠٠ الى ٢٠٠٠ جنيه طبقا للقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ زيد بالقوانين أرقام ٥٤ لسنة ١٩٧٨ و ١٤٣ لسنة ١٩٨٠ و ١١٤ لسنة ١٩٨١ و ٣٢ لسنة ١٩٨٣ الى أن بلغ مربوطها المالى من ٢١٨٠ الى ٢٤٩٣ جنيه بمقتضى القانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٨٤ . وأعمالا للفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جداول المرتبات المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ ، أصبح نائب رئيس محكمة الاستئناف - منذ العمل بهذا القانون عندما يبلغ مرتبه نهاية مربوط وظيفته ، مستحقا التدرج بالعلوة المقررة للوظيفة الأعلى مباشرة ولو لم يرق اليها بشرط الا يتجاوز مرتبه نهاية مربوط الوظيفة الأعلى . أما عن المرتب المقرر لهذه الوظيفة الأعلى - المقابلة لوظيفة نائب رئيس محكمة النقض - فقد تقرر لها فى القوانين أرقام ٥٦ لسنة ١٩٥٩ و ٤٣ لسنة ١٩٦٥ و ٤٦ لسنة ١٩٧٢ درجة مالية ذات مربوط ثابت مقداره ٢٠٠٠ جنيه سنويا ، ثم أصبح مربوطها متدرجا إذا بداية ونهاية من ٢٢٠٠ الى ٢٥٠٠ جنيه سنويا بمقتضى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ زيد بالقانونين رقمى ١١٤ لسنة ١٩٨١ و ٣٢ لسنة ١٩٨٣ الى أن بلغ مربوطها المالى من ٢٣٨٠ الى ٢٨٦٨ جنيه بالقانون رقم ٥٣ لسنة ١٩٨٤ الى أن صدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٨ بتحديد مرتبات شاغلى بعض الوظائف ناصا فى مادته الأولى على أن «يمنح مرتبا مقداره ٤٨٠٠ جنيه سنويا وبديل تمثيل مقداره ٤٢٠٠ جنيه سنويا كل من يشغل وظيفة كان مدرجا لها فى الموازنة العامة للدولة فى أول يولييه سنة ١٩٨٧ الربط الثابت وبديل التمثيل المقرر للمقررين للوزير» .

ولما كانت وظائف رئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام من بين الوظائف التى ينطبق عليها نص المادة الأولى من هذا القانون ، فإن ما قرره بشأن هذه الوظائف لا يعدو أن يكون تعديلا جزئيا لجدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية بزيادة المرتب وبديل التمثيل المقرر لها الى المقدار المحدد بنص المادة الأولى المشار إليه ، وإذا كانت وظيفة رئيس محكمة النقض هى الوظيفة الأعلى مباشرة لنائب رئيس محكمة النقض ، ومن ثم وعملا بنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية ، فإن نائب رئيس محكمة النقض الذى يبلغ مرتبه نهاية مربوط وظيفته ، يكون مستحقا المرتب وبديل التمثيل المقرر لرئيس محكمة النقض ، وهو ما قضت به محكمة النقض واستقر قضاؤها عليه . واذ كان التعادل بين وظيفتى الوزير ونائب الوزير وبين الوظائف القضائية فى مجال تطبيق قواعد المعاشات يقوم على أساس التماثل فى المرتب الذى يتقاضاه كل من شاغلى الوظائف المتعادلة والمعادل بها ، فإن وظيفة نائب رئيس محكمة الاستئناف تعتبر فى حكم درجة نائب الوزير ويعامل شاغلها معاملة نائب الوزير من حيث المعاش طبقا لاحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى منذ بلوغه مرتبا مماثلا لمرتب نائب الوزير ويظل منذ هذا الحين فى حكم درجته ما بقى شاغلا لوظيفته بالغاما بلغ مرتبه فيها سواء حصل على هذا المرتب فى حدود مربوط الوظيفة التى يشغلها أو بسبب حصوله على مرتب الوظيفة الأعلى مباشرة أعمالا للفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية .

وحيث أنه لما كانت المادة ٣١ من قانون

التأمين الاجتماعى المشار إليه قد تناول نصها بالتنظيم المعاملة التأمينية لكل من الوزير ونائب الوزير ، وفيما عدا مقدار المعاش المحدد جزافا لكل من الوزير ونائب الوزير ، فقد أجرى النص على من شغل أحد المنصبين أو كليهما أحكاما واحدة سواء فى تحديد مدة الاشتراك الكلية فى التأمين أو الحد الأدنى للمدة التى قضيت فى أحد المنصبين أو فيهما معا أو فى كيفية تسوية المعاش عن مدة الاشتراك فى التأمين التى تزيد على المدد المنصوص عليها فى البند (أولا) من المادة المذكورة أو فى مقدار الحد الأقصى للمعاش ، بما مؤداه ارتباط فقرات هذه المادة ارتباطا لا يقبل الفصل أو التجزئة فى مجال تطبيقها على من سبق أن تقلد المنصبين أو شغل الوظائف القضائية المعادلة لهما ، الأمر الذى يقتضى تبعا لهذا الارتباط - أن يكون تفسير نص المادة ٣١ سالفة الذكر شاملا لبيان الوظائف القضائية المعادلة لكل من درجة الوزير ونائب الوزير من حيث المعاملة فى المعاش ضمانا لوحدة تطبيقها على نحو تتحقق معه المساواة أمام القانون بين كافة أعضاء الهيئات القضائية الذين تسرى عليهم أحكامها . لما كان ذلك وكانت المادة المذكورة - فى بيانها للحدود الدنيا للمدد الواجب قضاؤها فى الخدمة كوزير أو نائب وزير ، لمعاملته المعاملة الخاصة فى المعاش - قد أجازت قضاء هذه المدد فى أحد المنصبين أو فيهما معا ، وكان هذا الحكم واجب التطبيق على شاغلى الوظائف القضائية المعادلة لهذين المنصبين اعمالا للميزة المقررة لرجال القضاء ومن ثم فان نائب رئيس محكمة الاستئناف اذا ما رقى الى وظيفة قضائية أعلى وتقاضى فيها مرتبا مماثلا لمرتب الوزير ، وجب عند حساب المدد المشار إليها الاعتداد بالمدة التى قضاها فى هذه

الوظيفة الأعلى بالاضافة الى المدة التى قضاها فى الوظيفة السابقة باعتبارها فى حكم درجة نائب الوزير منذ بلوغه المرتب المقرر لنائب الوزير ، واذ كانت وظيفة رؤساء محاكم الاستئناف الأخرى المقابلة لوظيفة نائب رئيس محكمة النقض - هى الوظيفة الأعلى مباشرة لوظيفة نائب رئيس محكمة الاستئناف ، وكانت وظيفة نائب رئيس محكمة النقض وغيرها من الوظائف القضائية المعادلة لها قد تحدد مستواها المالى بصدر القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٨ الذى ترتب عليه تعديل المرتب وبدل التمثيل المقرر لرئيس محكمة النقض ورئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام الى المقدار المحدد للوزير بمقتضى القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٧ . لما كان ذلك وكانت وظيفة رئيس محكمة النقض هى الوظيفة الأعلى مباشرة لوظيفة نائب رئيس محكمة النقض ، فان شاغل هذه الوظيفة - عند بلوغ مرتبه نهاية مربوطها ، يكون مستحقا المرتب وبدل التمثيل المقرر لرئيس محكمة النقض عملا بنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية ، ويصبح فى مستواه المالى منذ بلوغ مرتبه هذا القدر ومن ثم يعتبر فى حكم درجة الوزير ويعامل معاملة من حيث المعاش . ولا يغير من ذلك أن قانون السلطة القضائية الحالى لم يخص بالمعاملة المقررة للوزير من حيث المعاش سوى رئيس محكمة النقض ، وكذلك رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام اللذين عوملا بالمعاملة المقررة لرئيس محكمة النقض من حيث المعاش طبقا لما نص عليه جدول المرتبات الملحق بالقانون المشار إليه ، ذلك أن هذا القانون وان خلا من النص على سريان تلك المعاملة الخاصة على نواب رئيس

محكمة النقض ومن في درجتهم فانه لم ينص كذلك على حرمانهم منها ، واذا كانت الميزة المقررة لهم تقضى بمعاملة كل من هؤلاء من حيث المعاش معاملة من هو في حكم درجته أى من يتقاضى مرتبا مماثلا لمرتبه ، ومن ثم فكلما تحقق التماثل في المرتب بين ما هو مقرر لشاغل الوظيفة القضائية واحدى الوظائف التى يعامل شاغلها معاملة خاصة من حيث المعاش ، حق لشاغل الوظيفة القضائية أن يعامل ذات المعاملة المقررة للوظيفة المعادلة على النحو السالف بيانه . لما كان ذلك وكان بلوغ نائب رئيس محكمة النقض نهاية مربوط وظيفته موجبا لاستحقاقه المرتب وبذل التمثيل المقررين لوظيفة رئيس محكمة النقض باعتبارها الوظيفة الأعلى مباشرة ، وهما المرتب وبذل التمثيل المقرران للوزير طبقا للقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٧ ، فانه يعتبر منذ بلوغ مرتبه هذا القدر في مركز قانونى يماثل من الناحية المالية مركز الوزير ويعادله ويصير مستحقا أن يعامل منذ هذا الحين معاملته من حيث المعاش . ومما يؤيد ذلك أن ما أستحدثه الشارع فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ - وتواصل النص عليه فى القوانين المتعاقبة - بتقريره قاعدة تخول لعضو الهيئة القضائية عند بلوغ مرتبه نهاية مربوط الوظيفة التى يشغلها ، حقا ماليا أقصاه مرتب وبدلات الوظيفة الأعلى مباشرة ولو لم يرق إليها ، وقد استهدف التيسير على القدامى من رجال القضاء وعدم تجميد المخصصات المالية للوظائف القضائية - فى حالة عدم الترقى - عند حدنهاية الربط المالى المقرر لها تأمينا للقضاء فى حاضره ومستقبلهم ، خاصة وأن فرص الترقى الى الوظائف القضائية العليا محدودة مما رأت معه تقرير تلك القاعدة التى يؤدى تطبيقها الى

بلوغ مرتب وبدلات العضو حد المساواة بما هو مقرر من هذه المخصصات المالية للوظيفة الأعلى مباشرة وذلك حتى لا يضار العضو فيحرم من مزايا كانت تدركه لو أنه رقى الى هذه الوظيفة الأعلى . ولما كان نائب رئيس محكمة النقض منذ بلوغ مرتبه نهاية مربوط وظيفته واستحقاقه المخصصات المالية لرئيس محكمة النقض كاملة ، يغدو بذلك فى ذات المستوى المالى لدرجته ويساوى معه تماما فى المعاملة المالية ، مما يستتبع انقاذا للتسوية بينهما فى هذا الشأن أن يعاملا من حيث المعاش معاملة واحدة تحقيقا للمساواة التى هدف إليها الشارع ولقيام التماثل فى المرتب الذى يتحقق به التعادل بدرجة الوزير فى مجال تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعى المشار إليه ، وهو الأمر الذى حدا الشارع الى النص فى جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية على أن «يعامل رئيس محكمة استئناف القاهرة والنائب العام المعاملة المقررة لرئيس محكمة النقض من حيث المعاش» وكذلك النص فى جداول المرتبات الملحقة بقانون مجلس الدولة وقانون هيئة النيابة الادارية وقانون هيئة قضايا الدولة على أن يعامل رؤساء الهيئات القضائية الثلاث المعاملة المقررة لرئيس محكمة النقض من حيث المعاش ، وذلك تحقيقا للمساواة فى المعاملة التقاعدية بين من تماثلت مرتباتهم من أعضاء الهيئات القضائية .

وحيث أن المادة ١٨ مكررا من قانون التأمين الاجتماعى سالف الذكر - المضافة بالقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٨٤ - تنص على أنه «يستحق المعاش عن الأجر المتغير أيا كانت مدة اشتراك المؤمن عليه عن هذا الأجر وذلك متى توافرت فى شأنه احدى حالات استحقاق المعاش عن الأجر الأساسى ...» كما تنص المادة الثانية

عشرة من القانون الأخير - بعد تعديلها بالقانون رقم ١٠٧ لسنة ١٩٨٧ - على أن «تُحسب الحقوق المقررة بقانون التأمين الاجتماعي الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥ عن كل من الأجر الأساسي والأجر المتغير قائمة بذاتها وذلك مع مراعاة الآتى : (١) (٢) (٣) (٤) يجمع المؤمن عليه أو صاحب المعاش بين المعاش المستحق عن الأجر الأساسي والمعاش المستحق عن الأجر المتغير بدون حدود وذلك باستثناء الحالات التى تكون تسوية المعاش فيها وفقا لنص المادة (٣١) من قانون التأمين الاجتماعي المشار إليه أفضل للمؤمن عليه ، فيكون الجمع بين معاش الأجر الأساسي ومعاش الأجر المتغير بما لا يجاوز مجموع هذين الأجرين . (٥) ... (٦) (٧) لا تسرى الأحكام المنصوص عليها فى قوانين خاصة فى شأن الحقوق المستحقة عن الأجر المتغير وذلك باستثناء ما جاء فى هذه القوانين من معاملة بعض فئاتها بالمادة ٣١ من قانون التأمين الاجتماعي المشار إليه وفى تطبيق المادة المشار إليها يراعى ما يأتى : (أ) (ب) يستحق المعاش عن الأجر المتغير بالقدر المنصوص عليه فى البند أولا من المادة المشار إليها طالما توافرت شروط تطبيق هذا البند فى شأن معاش الأجر الأساسي وذلك أيا كانت مدة اشتراك المؤمن عليه عن الأجر المتغير»

مما مفاده أن مناط استحقاق معاش الأجر المتغير أن يكون المؤمن عليه قد توافرت فيه إحدى حالات استحقاق المعاش عن الأجر الأساسي أيا كانت مدة اشتراكه فى التأمين عن الأجر المتغير فإذا استحق المؤمن عليه معاملته من حيث معاش الأجر الأساسي المعاملة المقررة للوزير أو لنائب الوزير طبقا لنص المادة ٣١ من قانون التأمين

الاجتماعي ، فإن هذه المعاملة تسرى أيضا على المعاش المستحق عن الأجر المتغير ، وهو ما أكده الشارع فى المادة الثانية عشرة سالف الذكر - لدى تنظيمه لبعض أحكام الحقوق المستحقة عن الأجر المتغير حين نص على سريان ما جاء فى القوانين الخاصة من أحكام بشأن معاملة بعض فئاتها بالمادة (٣١) من قانون التأمين الاجتماعي المشار إليه .

وحيث أنه على مقتضى ما تقدم فإن نائب رئيس محكمة الاستئناف ومن فى درجته من أعضاء النيابة العامة ، يعتبر فى حكم درجة نائب وزير ويعامل معاملته من حيث المعاش المستحق عن الأجر الأساسي والمعاش المستحق عن الأجر المتغير وذلك منذ بلوغ مرتبه المرتب المقرر لنائب الوزير سواء حصل عليه فى حدود مربوط وظيفته أو فى حدود مربوط الوظيفة الأعلى مباشرة عملا بنص الفقرة الأخيرة من قواعد تطبيق جدول المرتبات الملحق بقانون السلطة القضائية ، فإذا رقى رئيسا لأحدى محاكم الاستئناف الأخرى أو عين فى إحدى الوظائف القضائية الأخرى المعادلة لها - وهى نواب رئيس محكمة النقض والنواب العامين المساعدين - اعتبر فى حكم درجة الوزير وعومل معاملته من حيث المعاش المستحق عن الأجر الأساسي والمعاش المستحق عن الأجر المتغير وهى المعاملة التأمينية المقررة لرئيس محكمة النقض - وذلك منذ بلوغه المرتب المقرر لرئيس محكمة النقض عملا لنص الفقرة الأخيرة من القواعد المشار إليها وذلك تطبيقا لقاعدة التماثل فى المرتب التى تعتبر أساسا للتبادل بدرجة الوزير من حيث المعاش .

وحيث أن المشرع أطرده فى تنظيم المعاملة

المالية لأعضاء الهيئات القضائية كافة على منهج مؤداه التسوية تماما بين شاغلي وظائف القضاء والنيابة العامة في قانون السلطة القضائية وبين الوظائف المقابلة لها في الهيئات القضائية الأخرى سواء في المخصصات المالية المقررة لها من مرتبات وبدلات وغيرها أو في المعاشات المقررة لشاغليها بعد انتهاء خدمتهم حتى غدا. مبدأ المساواة بينهم في هذا الخصوص أصلا ثابتا بتنظيم المعاملة المالية بكافة جوانبها في المرتبات والمعاشات على حد سواء ، يؤكد ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٠ من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ من أنه «فيما عدا ما نص عليه في هذا الفصل تسرى في شأن أعضاء المحكمة جميع الضمانات والمزايا والحقوق والواجبات المقررة بالنسبة الى مستشاري محكمة النقض وفقا لقانون السلطة القضائية» مما مفاده التسوية - في المزايا والحقوق بين أعضاء المحكمة الدستورية العليا وبين أقرانهم من أعضاء محكمة النقض وهم نوابها الذين يشغلون وظائف متماثلة في مربوطها المالي ، وكذلك ما نصت عليه المادة ١٢٢ من قانون مجلس الدولة الصادر بالقرار بقانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ من أنه «تحدد مرتبات أعضاء مجلس الدولة بجميع درجاتهم وفقا للجدول الملحق بهذا القانون ... وتسرى فيما يتعلق بهذه المرتبات والبدلات والمزايا الأخرى وكذلك بالمعاشات وبنظامها جميع الأحكام التي تقرر في شأن الوظائف المماثلة بقانون السلطة القضائية» ، وما نصت عليه المادة الأولى من القانون ٨٨ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء النيابة الإدارية من أنه «تحدد وظائف ومرتبات وبدلات أعضاء النيابة الإدارية وفقا للجدول الملحق بهذا

القانون ، وتسرى فيما يتعلق بهذه المرتبات والبدلات وكذلك بالمعاشات وبنظامها جميع الأحكام المقررة والتي تقرر في شأن أعضاء النيابة العامة» ، وما أكدته المادة ٣٨ مكررا من القرار بقانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٥٨ بإعادة تنظيم النيابة الإدارية والمحاكمات التأديبية - المعدل بالقانون رقم ١٢ لسنة ١٩٨٩ - بالنص على أن «يكون شأن أعضاء النيابة الإدارية فيما يتعلق بشروط التعيين والمرتبات والبدلات ... والمعاشات شأن أعضاء النيابة العامة» . وكذلك ما نصت عليه المادة الأولى من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٧٣ ببعض الأحكام الخاصة بأعضاء هيئة قضايا الدولة من أنه «تحدد وظائف ومرتبات وبدلات أعضاء هيئة قضايا الدولة وفقا للجدول الملحق بهذا القانون . وتسرى فيما يتعلق بهذه المرتبات والبدلات والمزايا الأخرى وكذلك بالمعاشات وبنظامها جميع الأحكام المقررة والتي تقرر في شأن الوظائف المماثلة بقانون السلطة القضائية» . وهذه النصوص واضحة الدلالة على قصد الشارع فيما يستهدفه من اقرار المساواة في المعاملة المالية بين أعضاء الهيئات القضائية بالمحكمة الدستورية العليا ومجلس الدولة وهيئة النيابة الإدارية وهيئة قضايا الدولة وبين أقرانهم من شاغلي الوظائف المقابلة في القضاء والنيابة سواء في المخصصات المالية المقررة لهذه الوظائف من مرتبات وبدلات ومزايا أخرى أو في المعاشات المستحقة لشاغليها بعد انتهاء خدمتهم ، وذلك على أساس اعتبار القواعد المنظمة للمخصصات والمعاشات المقررة لوظائف القضاء والنيابة العامة أصلا يجرى حكمه على المخصصات والمعاشات المستحقة لشاغلي الوظائف المقابلة لها في الهيئات القضائية الأخرى . ومن ثم فإن ما يسرى على نواب

المادة الرابعة من القانون رقم ٧٩ لسنة ١٩٧٥
بإصدار قانون التأمين الاجتماعي والمادة ٣١ من
هذا القانون .

ونظرا لارتباط فقرات المادة ٣١ من القانون
المشار اليه ارتباط لا يقبل الفصل أو التجزئة في
مجال تطبيقها على من سبق أن تقلد منصبى
وزير ونائب وزير أو شغل الوظائف القضائية
المعادلة لهما . وذلك وفق ما تقدم من هذه
الأسباب .

قررت المحكمة :

فى تطبيق أحكام المادة ٣١ من قانون التأمين
الاجتماعى الصادر بالقانون رقم ٧٩ لسنة
١٩٧٥ ، يعتبر نائب رئيس محكمة النقض ومن
فى درجته من أعضاء الهيئات القضائية فى حكم
درجة الوزير ويعامل معاملته من حيث المعاش
المستحق عن الأجر الأساسى والمعاش المستحق
عن الأجر المتغير وذلك منذ بلوغه المرتب
المقرر لرئيس محكمة النقض كما يعتبر نائب
رئيس محكمة الاستئناف ومن فى درجته من
أعضاء الهيئات القضائية فى حكم درجة نائب
الوزير ويعامل معاملته من حيث المعاش
المستحق عن الأجر الأساسى والمعاش المستحق
عن الأجر المتغير وذلك منذ بلوغه المرتب
المقرر لنائب الوزير ، ولو كان بلوغ العضو
المرتب المماثل فى الحاليتين اعمالا لنص الفقرة
الأخيرة من قواعد تطبيق جداول المرتبات
المضافة بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٧٦ بتعديل
بعض أحكام قوانين الهيئات القضائية .

القضية رقم ٣ لسنة ٨ ق (تفسير)

رؤساء محاكم الاستئناف ومن فى درجتهم من
أعضاء النيابة العامة يسرى كذلك على شاغلى
الوظائف القضائية المقابلة لها بالمحكمة
الدستورية العليا ومجلس الدولة وهيئة النيابة
الادارية وهيئة قضايا الدولة ، وما ينطبق على
نواب رئيس محكمة النقض ومن فى درجتهم من
رجال القضاء والنيابة العامة ينطبق أيضا على
شاغلى الوظائف المقابلة بالهيئات القضائية
المذكورة ، وهم أعضاء المحكمة الدستورية
العليا ونواب رئيس مجلس الدولة ونواب رئيس
هيئة النيابة الادارية ونواب رئيس هيئة قضايا
الدولة ، وذلك فيما يتعلق بالمعاشات وبنظامها
بحيث يعامل كل من أعضاء الهيئات القضائية
المشار إليها من حيث المعاش ذات المعاملة
المستحقة لقرينة من شاغلى الوظائف القضائية
المعادلة فى قانون السلطة القضائية وذلك دون
الاخلال بما هو مقرر لأعضاء المحكمة
الدستورية العليا من بدء معاملة كل منهم معاملة
نائب الوزير من حيث المعاش ولو لم يبلغ
المرتب المقرر لنائب الوزير حاليا متى بلغ مرتبه
٢٥٠٠ جنيه فى السنة اعمالا لما يقضى به البند
(٤) من قواعد جدول الوظائف والمرتبات
والبدلات الخاص بأعضاء المحكمة الملحق
بقانونها الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ ،
فاذا بلغ مرتب العضو المرتب المقرر لرئيس
محكمة النقض اعتبر فى حكم درجة الوزير منذ
بلوغ مرتبه هذا القدر وعومل معاملته من حيث
المعاش شأنه فى ذلك شأن باقى أعضاء الهيئات
القضائية ممن يشغلون وظائف مماثلة .

لهذه الاسباب :

وبعد الاطلاع على نص الفقرة الأولى من

(٣)

جلسة ١٩٩٠/٥/١٩

الاجراءات :

بتاريخ ١٦ ديسمبر سنة ١٩٨٧ ورد الى قلم المحكمة ملف الدعوى رقم ٢٥١٦ لسنة ٤١ قضائية ، بعد أن قضت محكمة القضاء الادارى - دائرة منازعات الأفراد والهيئات - فى ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ بوقف الفصل فى طلب الالغاء واحالة الدعوى الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى دستورية الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ .

وقدتمت هيئة قضايا الدولة عدة مذكرات طلبت فيها الحكم أصليا بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى واحتياطيا بعدم قبولها وفى الموضوع برفضها .

وبعد تحضير الدعوى أودعت هيئة المفوضين تقريراً برأيها .

ونظرت الدعوى على الوجه المبين بمحضر الجلسة ، وقررت المحكمة اصدار الحكم فيها بجلسة اليوم .

المحكمة

بعد الاطلاع على الأوراق والمداولة .

حيث أن الوقائع - على مايبين من قرار الاحالة وسائر الأوراق - تتحصل فى أن المدعى كان قد أقام الدعوى رقم ٢٥١٦ لسنة ٤١ قضائية أمام محكمة القضاء الادارى - دائرة منازعات

الأفراد والهيئات - طالبا الحكم بصفة مستعجلا بوقف تنفيذ قرار رئيس الجمهورية بدعوى الناخبين الى انتخاب أعضاء مجلس الشعب المحدد له يوم ٦ ابريل سنة ١٩٨٧ وفقا لأحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقمى ١١٤ لسنة ١٩٨٣ و ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وبوقف تنفيذ القرار السلبى للمدعى عليهم بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم الدوائر الانتخابية بما يتفق مع نظام الانتخاب الفردى ، والحكم فى الموضوع بالغاء هذين القرارين . وبجلسة ٣ مارس سنة ١٩٨٧ أضاف المدعى أمام المحكمة المذكورة طلبا عارضا للحكم له بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية رقم ١٤١ لسنة ١٩٨٧ بتحديد ميعاد قبول طلبات الترشيح لعضوية مجلس الشعب . وبجلسة ١٠ مارس ١٩٨٧ حضر الأستاذ محمد بهاء الدين محمد عبد العليم المحامى بصفته مرشحا فرديا فى انتخابات أعضاء مجلس الشعب عن الدائرة الأولى بمحافظة المنيا وطلب قبول تدخله فى الدعوى خصما منضمما للمدعى فى جميع طلباته فيها . وقد استند المدعى فى طلب الحكم له بهذه الطلبات الى أن القرارات المطعون عليها جميعها صدرت بناء على قانون مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، وهو قانون مخالف للدستور للأسباب التى ارتكن اليها فى دعواه . واذا تراءى لمحكمة القضاء الادارى عدم دستورية القانون المشار اليه ، فقد قضت فى ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ «أولا: بالنسبة لطلبى وقف تنفيذ والغاء قرار رئيس الجمهورية بالدعوة الى الانتخابات المحدد لها يوم ٦/٤/١٩٨٧ وكذا وقف تنفيذ والغاء القرار السلبى بالامتناع عن تعديل عدد ومساحات وتقسيم الدوائر الانتخابية :

رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فيما نصت عليه من تقسيم الدوائر الانتخابية وتحديد عددها ونطاق كل دائرة ومكوناتها وعدد الأعضاء الممثلين لها والجمع في كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية ونظام الانتخاب الفردي . واذ لم يحدد الدستور الدوائر الانتخابية التي تقسم اليها الدولة ودون أن يضع قيودا في شأن تحديد عددها أو عدد النواب الممثلين لكل دائرة منها ، وانما ترك ذلك كله للسلطة التشريعية تجريبه بما لها من سلطة تقديرية ، ومن ثم لا يكون للمحكمة الدستورية العليا التعقيب على تقسيم الدوائر الانتخابية وتحديد نطاقها وعددها لأن ذلك يعد من المسائل السياسية التي تخرج عن ولاية المحكمة اذ هي لا تملك الزام المشرع بتحديد عدد الدوائر الانتخابية أو تقسيمها على نحو معين .

وحيث أن هذا الدفع مردود بأن القانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بتعديل بعض أحكام القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب - الذي يتضمن المادتين محل الطعن المائل - قد صدر في شأن يتعلق بحق الترشيح لعضوية مجلس الشعب ، وهو من الحقوق السياسية التي كفلها الدستور ، والتي ينبغى على سلطة التشريع ألا تنال منها والا وقع عملها مخالفا لأحكام ، ومن ثم لا يكون النصاب المطعون عليهما قد تناولا مسائل سياسية تنأى عن الرقابة القضائية الدستورية على نحو ما ذهبت اليه الحكومة ، ويكون الدفع المبدى منها بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى على غير أساس متعينا رفضه .

وحيث أنه وإن كان الثابت أن المدعى سبق أن أقام الدعوى الدستورية رقم ١٣١ لسنة ٦

بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الطعن على هذين القرارين (ثانيا) بالنسبة لطلب وقف تنفيذ قرارى وزير الداخلية المطعون عليهما : (١) برفض الدفعين بعدم اختصاص المحكمة ولائيا بنظر الطعن عليهما وبعدم قبول الدعوى لانتفاء صفة ومصلحة المدعى وبقبول الدعوى شكلا . (٢) وبقبول تدخل الأستاذ محمد بهاء الدين محمد عبد العليم المحامى خصما منضمما للمدعى في طلباته . (٣) وفي الطلب المستعجل برفض طلب وقف تنفيذ القرارين المطعون فيهما . (٤) وأوقفت الفصل في طلب الالغاء وأمرت باحالة الدعوى الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية المادتين الثالثة فقرة أولى والخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ . وقد طعنت الحكومة على هذا الحكم - في شقه الخاص بوقف الفصل في طلب الالغاء والاحالة الى المحكمة الدستورية العليا للفصل في المسألة الدستورية - أمام المحكمة الادارية العليا بالطعن رقم ١٦٣٦ لسنة ٣٣ قضائية ، وطلبت - للأسباب التي استندت اليها - الحكم بصفة مستعجلة بوقف تنفيذ الحكم المطعون عليه في شقه موضوع الطعن ، وفي الموضوع بالغاء الحكم المطعون عليه فيما قضى به في هذا الخصوص . وبتاريخ ٧ ديسمبر سنة ١٩٨٧ قضت دائرة فحص الطعون بالمحكمة الادارية العليا باجماع الآراء برفض الطعن والزام الجهة الادارية المصروفات .

وحيث أن الحكومة دفعت بعدم اختصاص المحكمة بنظر الدعوى تأسيسا على أن الطعن الدستورى المائل يرد على المادتين الثالثة فقرة أولى والخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون

قضائية بالطعن على بعض مواد القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ ومن بينها المادتان الثالثة والخامسة مكررا منه قبل تعديلهما بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، ألا أنه لما كان الطعن في الدعوى الراهنة واردا على الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا من القانون المشار اليه بعد تعديلهما بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، ومن ثم فإن محل الطعن في كل من الدعويين يكون مختلفا ، ولا يكون للحكم الصادر في الدعوى الدستورية السابقة حجية مانعة من نظر الدعوى الماثلة .

وحيث أن الحكومة دفعت بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة تأسيسا على أن قرار وزير الداخلية رقم ١٤١ لسنة ١٩٨٧ بتحديد ميعاد قبول طلبات الترشيح لعضوية مجلس الشعب والمطعون عليه في الدعوى الموضوعية أمام محكمة القضاء الإداري ، قد أصدره وزير الداخلية استنادا إلى السلطة المخولة له طبقا لنص الفقرة الأولى من المادة السادسة من قانون مجلس الشعب المشار اليه ، ولا شأن له بنص الفقرة الأولى من المادة الثالثة أو المادة الخامسة مكررا المطعون عليهما بعدم الدستورية ، مما تنتفي معه مصلحة المدعى في الطعن على هاتين المادتين .

وحيث أن هذا الدفع - بالنسبة إلى المادة الخامسة مكررا من القانون المشار اليه - مردود بأن قرار وزير الداخلية المطعون عليه بالالغاء اذ نص على قبول طلبات الترشيح لعضوية مجلس الشعب ابتداء من التاريخ الذي حدده ، إنما يعنى بداهة اجراء الترشيح لهذه العضوية طبقا لنصوص القانون الذي استند اليه القرار المذكور ، وهو القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في

شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ ، ومن بينها نص المادة الخامسة مكررا سالف الذكر . لما كان ذلك وكانت الدعوى الموضوعية مازالت مطروحة أمام محكمة القضاء الإداري بما تضمنته من طلب الغاء قرار وزير الداخلية المشار اليه مرتكزا - فيما استند اليه - على الطعن بعدم دستورية المادة الخامسة مكررا فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل دائرة انتخابية «عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية» مستهدفا بذلك ابطال هذا النص واعدام أثره بما يترتب عليه من افصاح الفرص المتاحة للمرشحين الأفراد للفوز بالعضوية ، وكان من شأن الحكم الصادر في الدعوى الماثلة التأثير في طلبه الموضوعي محددًا على النحو السالف بيانه ، فإن الدفع بعدم قبول الدعوى لانتفاء المصلحة يكون في غير محله متعينا رفضه .

وحيث أن الأستاذ محمد بهاء الدين محمد عبد العليم المحامى قدم - أثناء تحضير الدعوى الماثلة أمام هيئة المفوضين - طلبا بقبول تدخله فيها خصما متضما للمدعى في طلباته .

وحيث أنه يشترط لقبول طلب التدخل الانضمامى طبقا لما تقضى به المادة ١٢٦ من قانون المرافعات أن يكون لطالب التدخل مصلحة شخصية ومباشرة في الانضمام لأحد الخصوم في الدعوى . ومناطق المصلحة في الانضمام بالنسبة للدعوى الدستورية أن يكون ثمة ارتباط بينها وبين مصلحة الطالب في ذات الدعوى الموضوعية التي أثير فيها الدفع بعدم الدستورية وذلك بأن يكون الحكم في هذا الدفع مؤثرا على الحكم فيما أبداه طالب التدخل أمام محكمة

الموضوع من طلبات لما كان ذلك وكان الثابت من حكم الاحالة الصادر من محكمة القضاء الادارى فى الدعوى رقم ٢٥١٦ لسنة ٤١ قضائية بتاريخ ٣١ مارس سنة ١٩٨٧ أن طالب التدخل حضر أمام المحكمة المذكورة بصفته مرشحا فرديا فى انتخابات مجلس الشعب عن الدائرة الأولى بمحافظة المنيا وطلب قبول تدخله فى الدعوى خصما منضما للمدعى فى جميع طلباته فيها والتمس الحكم له بهذه الطلبات ، وقد قضت محكمة القضاء الادارى فى حكمها المشار اليه بقبول تدخله بهذه الصفة ، فأصبح بذلك طرفا فى الدعوى الموضوعية التى أثير فيها الدفع بعدم الدستورية وثبتت له بالتالى صفة الخصم التى تسوغ اعتباره من ذوى الشأن فى الدعوى الدستورية الذين تتوافر لهم المصلحة فى تأييدها .

وحيث أن نطاق الطعن الدستورى المائل - حسبما حدده حكم الاحالة - يقتصر على الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ واللذين يجرى نصهما بالآتى :

المادة الثالثة الفقرة الأولى : «تقسم جمهورية مصر العربية الى ثمان وأربعين دائرة انتخابية ويكون تحديد نطاق كل دائرة ومكوناتها ، وكذلك عدد الأعضاء الممثلين لها وفقا للجدول المرافق لهذا القانون» .

المادة الخامسة مكررا : «يكون انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الجمع فى كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية

ونظام الانتخاب الفردى ، بحيث يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية . ويكون لكل حزب قائمة خاصة ، ولا يجوز أن تتضمن القائمة الواحدة أكثر من مرشحى حزب واحد ، ويحدد لكل قائمة رمز يصدر به قرار من وزير الداخلية ويجب أن تتضمن كل قائمة عددا من المرشحين مساويا لعدد الأعضاء الممثلين للدائرة طبقا للجدول المرافق ناقيصا واحدا ، كما يجب أن يكون نصف المرشحين بكل قائمة حزبية على الأقل من العمال والفلاحين ، على أن يراعى اختلاف الصفة فى تتابع أسماء المرشحين بالقوائم . وعلى الناخب أن يبدى رأيه باختيار احد القوائم بأكملها ، دون إجراء أى تعديل فيها ، وتبطل الأصوات التى تنتخب أكثر من قائمة أو مرشحين من أكثر من قائمة أو تكون معلقة على شرط أو اذا أثبت الناخب رأيه على قائمة غير التى سلمها اليه رئيس اللجنة أو على ورقة عليها توقيع الناخب أو أية اشارة أو علامة تدل عليه ، كما تبطل الأصوات التى تعطى لأكثر من العدد الوارد بالقائمة أو لأقل من هذا العدد فى غير الحالات المنصوص عليها فى المادة السادسة عشرة من هذا القانون . ويجرى التصويت لاختيار المرشح الفرد عن كل دائرة فى الوقت ذاته الذى يجرى فيه التصويت على القوائم الحزبية ، وذلك فى ورقة مستقلة . ويحدد لكل مرشح فرد رمز أو لون مستقل يصدر به قرار من وزير الداخلية . وتبطل الاصوات التى تنتخب أكثر من مرشح واحد أو تكون معلقة على شرط أو اذا أثبت الناخب رأيه على ورقة غير التى سلمها اليه رئيس اللجنة أو على ورقة

عليها توقيع الناخب أو أية إشارة أو علامة أخرى تدل عليه» .

وحيث أن النعى على هذين النصين يقوم على أن الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المشار إليه إذ قضت بتقسيم الدولة الى ثمان وأربعين دائرة انتخابية واذ نصت المادة الخامسة مكررا منه على الجمع بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية ونظام الانتخاب الفردى فى كل دائرة من هذه الدوائر الكبرى على اتساع مساحاتها وترامى أطرافها وضخامة عدد سكانها ، فانه يستحيل على المرشح الفردى المستقل مباشرة حقه الدستورى فى الترشيح على قدم المساواة وفى منافسة انتخابية متكافئة مع مرشحي القوائم المنتمين لأحزاب سياسية تساندهم بامكانياتها المادية والبشرية التى تعجز عنها طاقة الفرد ، كما أنه لم يراع فى تقسيم الدوائر الانتخابية مبدأ المساواة التقريبية بين عدد الناخبين الذين يمثلهم النائب فى كل دائرة مما يترتب عليه اختلاف الوزن النسبى لصوت الناخب من دائرة الى أخرى ، فضلا عن التمييز بين المرشحين بحسب انتماءاتهم السياسية حيث حدد القانون لنظام الانتخاب الفردى فى جميع الدوائر الانتخابية ثمانية وأربعين مقعدا نيابيا بواقع مقعد واحد فى كل دائرة انتخابية يتنافس عليه المرشحون المستقلون مع غيرهم من أعضاء الأحزاب السياسية ، بينما ترك لمرشحي القوائم الحزبية على مستوى الجمهورية باقى المقاعد النيابية التى يبلغ عددها أربعمائة مقعد ، وكل ذلك يؤدى الى المساس بحق الترشيح والاخلاق بمبدأ تكافؤ الفرص والمساواة بالمخالفة للمواد ٨ و ٤٠ و ٦٢ من الدستور ، بالاضافة الى أن المادة الخامسة مكررا المطعون عليها لم تشترط

فى المرشح الفرد صفة معينة ، ولم تبين الكيفية التى تؤدى الى تحقق النسبة المخصصة للعمال والفلاحين مما يخالف المادة ٨٧ من الدستور فيما تضمنته من النص على أن يكون نصف أعضاء مجلس الشعب على الأقل من العمال والفلاحين .

وحيث أن الدستور هو القانون الأساسى الأعلى الذى يرسى القواعد والأصول التى يقوم عليها نظام الحكم ويحدد السلطات العامة ويرسم لها وظائفها ويضع الحدود والقيود الضابطة لنشاطها ويقرر الحريات والحقوق العامة ويرتب الضمانات الأساسية لحمايتها ، ومن ثم فقد تميز الدستور بطبيعة خاصة تضى على صفة السيادة والسمو بحسبانه كفيل الحريات وموئلا وعماد الحياة الدستورية وأساس نظامها ، وحق لقواعده أن تستوى على القمة من البناء القانونى للدولة وتتبوا مقام الصدارة بين قواعد النظام العام باعتبارها أسمى القواعد الآمرة التى يتعين على الدولة التزامها فى تشريعها وفى قضائها وفيما تمارسه من سلطات تنفيذية ، ودون أى تفرقة أو تمييز - فى مجال الالتزام بها - بين السلطات العامة الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية ، ذلك أن هذه السلطات كلها سلطات مؤسسة أنشأها الدستور ، تستمد منه وجودها وكيانها ، وهو المرجع فى تحديد وظائفها ، ومن ثم تعتبر جميعها أمام الدستور على درجة سواء ، وتقف كل منها مع الأخرى على قدم المساواة ، قائمة بوظيفتها الدستورية متعاونة فيما بينها فى الحدود المقررة لذلك ، خاضعة لأحكام الدستور الذى له وحده الكلمة العليا وعند أحكامه تنزل السلطات العامة جميعا . والدول فى ذلك إنما تلتزم أصلا من أصول الحكم الديمقراطى ، وهو الخضوع لمبدأ سيادة الدستور ، وهو ما حرص الدستور

القائم على تقريره بالنص في المادة ٦٤ منه على أن «سيادة القانون أساس الحكم في الدولة وفي المادة ٦٥ منه على أن «تخضع الدولة للقانون...» ولا ريب في أن المقصود بالقانون في هذا الشأن هو القانون بمعناه الموضوع الأعم الذي يشمل كل قاعدة عامة مجردة أيا كان مصدرها ، ويأتي على رأسها وفي الصدارة منها الدستور بوصفه أعلى القوانين وأسمائها . وإذا كان خضوع الدولة بجميع سلطاتها لمبدأ سيادة الدستور أصلا مقررًا وحكما لازما لكل نظام ديمقراطي سليم ، فإنه يكون لازما على كل سلطة عامة أيا كان شأنها وأيا كانت وظيفتها وطبيعتها الاختصاصات المسندة اليها ، النزول عند قواعد الدستور ومبادئه والتزام حدوده وقيوده ، فإن هي خالفتها أو تجاوزتها شاب عملها عيب مخالفة الدستور ، وخضع - متى نصت المخالفة على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا بوصفها الهيئة القضائية العليا التي اختصاصها دون غيرها بالفصل في دستورية القوانين واللوائح بغية الحفاظ على أحكام الدستور وصونها وحمايتها من الخروج عليها .

وحيث أن الدساتير المصرية المتعاقبة قد حرصت جميعها منذ دستور سنة ١٩٢٣ على تقرير الحريات والحقوق العامة في صلبها قصدا من الشارع الدستوري أن يكون النص عليها في الدستور قيذا على المشرع المادى فيما يسنه من قواعد وأحكام وفي حدود ما أراده الدستور لكل منها من حيث اطلاقها أو جواز تنظيمها تشريعا فإذا خرج المشرع فيما يقرره من تشريعات على هذا الضمان الدستوري ، بأن قيد حرية أو حقا ورد في الدستور مطلقا أو أهدر أو انتقص من أيهما تبحت ستار التنظيم الجائز دستوريا ، وقع عمله التشريعي مشوبا بعيب مخالفة الدستور .

وحيث أن الدستور القائم قد أفرد الباب الثالث منه «للحريات والحقوق والواجبات العامة» وصدر هذا الباب بالنص في المادة ٤٠ منه على أن «المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة» . فكان الحق في المساواة أمام القانون هو أول مانص عليه الدستور في الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة ، وجاء في الصدارة منها باعتبار أن هذا الحق هو أساس العدل والحرية والسلام الاجتماعى ، وعلى تقدير أن الغاية التي يستهدفها تتمثل أصلا في صون حقوق المواطنين وحرياتهم في مواجهة صور التمييز التي تنال منها أو تقيد ممارستها ،

وأضحى هذا المبدأ في جوهره وسيلة لتقرير الحماية القانونية المتكافئة التي لا يقتصر تطبيقها على الحريات والحقوق العامة المنصوص عليها في الدستور ، بل ينسحب مجال أعمالها إلى الحقوق التي يقرها القانون العادى ويكون مصدرا لها . ولئن نص الدستور في المادة ٤٠ منه على حظر التمييز بين المواطنين في أحوال بينتها وهي التي يقوم التمييز فيها على أساس من الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة ، إلا أن إيراد الدستور لصور بعينها يكون التمييز محظورا فيها ، مرده إلى أنها الأكثر شيوعا في الحياة العملية ولا يدل بالتالى على انحصاره فيها دون غيرها ، إذ لو قيل بأن التمييز المحظور دستوريا لا يقوم إلا فى الأحوال التي بيّنتها المادة ٤٠ المشار إليها ، لكان التمييز فيما عداها غير مناقض للدستور ، وهو نظر لا يستقيم مع المساواة التي كفلها ويتناقض مع الغاية المقصودة من إرسائها ، يؤيد ذلك أن من صور التمييز التي لم تصرح المادة المذكورة بالإشارة إليها ما لا يقل

في أهميتها وخطورة الآثار المترتبة عليها عن تلك التي عنيت بإبرازها كالتمييز بين المواطنين في مجال الحريات والحقوق العامة التي كفلها الدستور لاعتبار يتعلق بالمولد أو المركز الاجتماعي أو الانتماء الطبقي أو الانحياز لرأي بذاته سياسيا كان هذا الرأي أو غير سياسي ، مما يؤكد أن ألوان التمييز على اختلافها التي تتناقض في محتواها مع مبدأ المساواة وتهدر الأساس الذي يقوم عليه إنما يحتم إخضاعها جميعا لما تتولاه هذه المحكمة من رقابة قضائية لضمان احترام مبدأ المساواة في جميع مجالات تطبيقه وبدهى أن المساواة المنصوص عليها في المادة ٤٠ من الدستور لا تعنى أنها مساواة فعلية يتساوى بها المواطنون في الحريات والحقوق أيا كانت مراكزهم القانونية ، بل هي مساواة قانونية رهينة بشروطها الموضوعية التي تترد في أساسها إلى طبيعة الحق الذي يكون محلا لها وما تقتضيه ممارسته من متطلبات ذلك أن المشرع يملك بسلطته التقديرية لمقتضيات الصالح العام وضع شروط موضوعية تتحدد بها المراكز القانونية التي يتساوى بها الأفراد أمام القانون ، بحيث إذا توافرت هذه الشروط في طائفة من الأفراد وجب أعمال المساواة بينهم لتمثيل مراكزهم القانونية ، وإن اختلفت هذه المراكز بأن توافرت في البعض دون البعض الآخر انتفى مناط التسوية بينهم .

وحيث أن الدستور نص في المادة ٦٢ منه - التي وردت أيضا في الباب الخاص بالحريات والحقوق العامة - على أن «للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفادة وفقا لأحكام القانون . ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني» . مما مفاده أن الحقوق السياسية

المنصوص عليها في هذه المادة - ومن بينها حق الترشيح الذي عنى الدستور بالنص عليه صراحة مع حق الانتخاب وإبداء الرأي في الاستفتاء - اعتبرها الدستور من الحقوق العامة التي حرص على كفالتها وتمكين المواطنين من ممارستها لضمان أسهامهم في اختيار قياداتهم وممثليهم في إدارة دفة الحكم ورعاية مصلحة الجماعة وعلى أساس أن حق الانتخاب والترشيح خاصة هما حقان متكاملان لا تقوم الحياة النيابية بدون أيهما ولا تتحقق للسيادة الشعبية أبعادها الكاملة إذا هما أفرغا من المضمون الذي يكفل ممارستها ممارسة جدية وفعالة ، ومن ثم كان هذان الحقان لازمين لزوما حتميا لأعمال الديمقراطية في محتواها المقرر دستوريا ولضمان أن تكون المجالس النيابية كاشفة في حقيقتها عن الإرادة الشعبية ومعبرة تعبيراً صادقا عنها . ولذلك لم يقف الدستور عند مجرد ضمان حق كل مواطن في ممارسته تلك الحقوق السياسية ، وإنما جاوز ذلك إلى اعتبار مساهمته في الحياة العامة عن طريق ممارسته لها واجبا وطنيا يتعين القيام به في أكثر مجالات الحياة أهمية لاتصالها بالسيادة الشعبية التي تعتبر قواما لكل تنظيم يرتكز على إرادة هيئة الناخبين . ولئن كانت المادة ٦٢ من الدستور قد أجازت للمشرع العادي تنظيم الحقوق السياسية الثلاثة بما نصت عليه من أن ممارسة هذه الحقوق تكون «وفقا لأحكام القانون» ، فإنه يتعين عليه من أن يراعى في القواعد التي يتولى وضعها تنظيمها لتلك الحقوق ألا تؤدي إلى مصادرتها أو الانتقاص منها وألا تنطوي على التمييز المحظور دستوريا أو تتعارض مع مبدأ تكافؤ الفرص الذي كفلته الدولة لجميع المواطنين ممن تتمثل مراكزهم القانونية وبوجه عام ألا يتعارض التنظيم التشريعي لتلك الحقوق مع أي

نص في الدستور بحيث يأتي التنظيم مطابقا للدستور في عموم قواعده وأحكامه .

وحيث أن المادة الخامسة من الدستور اذ تنص - بعد تعديلها بتاريخ ٢٢ مايو سنة ١٩٨٠ - على أن يقوم النظام السياسى فى جمهورية مصر العربية على أساس تعدد الأحزاب وذلك فى إطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصرى المنصوص عليها فى الدستور «انما قصد بهذا التعديل الدستورى العدول عن التنظيم الشعبى الوحيد ممثلا فى الاتحاد الاشتراكى العربى الذى كان مهيمنا وحده على العمل الوطنى ومسيطرا عليه فى مجالاته المختلفة سيطرة لا تتحقق بها للديمقراطية مفهومها المتجانس مع طبيعتها ، الى تعدد الأحزاب ليقوم عليه النظام السياسى فى الدولة ،

باعتبار أن هذه التعددية الحزبية انما تستهدف أساسا الاتجاه نحو تعميق الديمقراطية وارساء دعائمها فى إطار حقى الانتخاب والترشيح اللذين يعتبران مدخلا وقاعدة أساسية لها ، ومن ثم كفلهما الدستور للمواطنين كافة الذين تنعقد لهم السيادة الشعبية ويتولون ممارستها على الوجه المبين فى الدستور . وليس أدل على ذلك من أن التعددية الحزبية هى التى تحمل فى أعطافها تنظيما تتناقض فيه الآراء أو تتوافق ، تتعارض أو تتلاقى ، ولكن المصلحة القومية تظل أطارا لها ومعيارا لتقييمها وضابطا لنشاطها ، وهى مصلحة يقوم عليها الشعب فى مجموعه ويفرض من خلالها قيادته السياسية وانتماءاته الوطنية ، ولم تكن التعددية الحزبية بالتالى وسيلة انتهجها الدستور لابدال سيطرة بأخرى ، وانما نظر اليها الدستور باعتبارها طريقا قويا للعمل الوطنى من خلال ديمقراطية الحوار التى تتعدد معها الآراء

وتنبأين على أن يظل الدور الذى تلعبه الأحزاب السياسية مرتبطا فى النهاية بإرادة هيئة الناخبين فى تجمعاتها المختلفة ، وهى إرادة تبلورها عن طريق اختيارها الحر لممثليها فى المجالس النيابية وعن طريق الوزن الذى تعطىها بأصواتها للمتزاحمين على مقاعدها وهو ما حرص الدستور على توكيده والنص عليه فى صريح مواده حين كفل للمواطنين حقى الانتخاب والترشيح وجعلهم سواء فى ممارسة هذين الحقين ولم يجر التمييز بينهم فى أسس مباشرتهما ولا تقرير أفضلية لبعض المواطنين على بعض فى أى شأن يتعلق بهما ، وانما أطلق هذين الحقين للمواطنين - الذين تتوافر فيهم الشروط المقررة لذلك - على اختلاف انتماءاتهم وآرائهم السياسية لضمان أن يظل العمل الوطنى جماعيا لا امتياز فيه لبعض المواطنين على بعض . ومن خلال هذه الجهود المتضافرة فى بناء العمل الوطنى تعمل الأحزاب السياسية متعاونة مع غير المنتمين اليها فى ارساء دعائمه وبذلك يتحدد المضمون الحق لنص المادة الثالثة من الدستور التى لاتعقد السيادة الشعبية لفئة دون أخرى ولا تفرض سيطرة لجماعة بذاتها على غيرها ، وفى هذا الإطار تكمن قيمة التعددية الحزبية باعتبارها توجهها دستوريا نحو تعميق مفهوم الديمقراطية التى لا تمنح الأحزاب السياسية دورا فى العمل الوطنى يجاوز حدود الثقة التى توليها هيئة الناخبين لمرشحيها الذين يتنافسون مع غيرهم وفقا لأسس موضوعية لا تحدها عقيدة من أى نوع ولا يقيدها شكل من أشكال الانتماء سياسيا ، كان أو غير سياسى وعلى أن تتوافر للمواطنين جميعا - الذين تتوافر فيهم الشروط المقررة لذلك - الفرض ذاتها - التى يؤثر من خلالها وبقدر متساو فيما

على ما يبين من مذكرته الايضاحية وتقرير اللجنة التشريعية عنه - الى بعض الحريات والحقوق العامة المقررة في الدستور ، ومنها حرية الرأي والعقيدة السياسية وحق الانتخاب وحق الترشيح على اعتبار أن حق تكوين الأحزاب السياسية يعد حقا دستوريا منبثقا منها ومرتبا عليها ، فلا يصح أن ينقلب النظام الحزبي بعد تقريره قيما على الحريات والحقوق العامة التي تفرع عنها ومنها حق الترشيح وهو من الحقوق العامة التي تحتلها طبيعة النظم الديمقراطية النيابية ويفرضها ركنها الأساسي الذي يقوم على التسليم بالسيادة للشعب .

وحيث انه من المسلم أنه ينبغي عند تفسير نصوص الدستور ، النظر اليها باعتبارها وحدة واحدة يكمل بعضها بعضا ، بحيث لا يفسر أى نص منها بمعزل عن نصوصه الأخرى ، بل يجب أن يكون تفسيره متساندا معها بفهم مدلوله فهما يقيم بينها التوافق وينأى بها عن التعارض .

وحيث ان الدستور اذ كفل - فى المادة ٦٢ منه - للمواطن حق الترشيح غير مقيد بالانتماء الحزبى ، وقرر فى المادة ٤٠ منه المساواة بين المواطنين فى الحقوق العامة ، ومنها حق الترشيح ، وهو من الحقوق السياسية التى تأتى فى الصدارة من الحقوق العامة لتعلقها بالارادة الشعبية المعبرة عن سيادة الشعب وحظر التمييز بينهم فيها بسبب اختلاف الآراء السياسية ، وأوجب على الدولة فى المادة الثامنة أن تكفل تكافؤ الفرص لجميع المواطنين ، فان مؤدى هذه النصوص مترابطة ومتكاملة ، ان المواطنين المستوفين لشروط الترشيح لعضوية مجلس الشعب ، يعتدرون بالنسبة الى حق الترشيح فى مركز قانونية متماثلة ، مما يتعين أن تكون

بينهم - فى تشكيل السياسية القومية وتحديد ملامحها النهائية . ومما يؤكد ذلك أن المادة الخامسة من الدستور عندما نصت على نظام تعدد الأحزاب ، لم تتضمن النص على الزام المواطنين بالانضمام الى الأحزاب السياسية أو تقييد مباشرة الحقوق السياسية المنصوص عليها فى المادة ٦٢ من الدستور بضرورة الانتماء الحزبى مما يدل بحكم اللزوم على تقرير حرية المواطن فى الانضمام الى الأحزاب السياسية أو عدم الانضمام اليها وفى مباشرة حقوقه السياسية المشار اليها من خلال الأحزاب السياسية أو بعيدا عنها مادام أن النص فى المادة ٦٢ من الدستور على كفالة هذه الحقوق السياسية قد جاء رهينا بصفة «المواطنة» فحسب طليقا من قيد الحزبية ، يقطع فى دلالة ذلك أن المادة الخامسة من الدستور عندما نصت على تعدد الأحزاب ليقوم على أساسه النظام السياسى فى الدولة قيده بأن يكون النظام الحزبى دائرا فى اطار المقومات والمبادئ الأساسية للمجتمع المصرى ، ولا شك فى أن مبدأى تكافؤ الفرص والمساواة أمام القانون وهما - من المقومات والمبادئ الأساسية المعنية فى هذا الشأن - يوجبان معاملة المرشحين كافة معاملة قانونية واحدة وعلى أساس من تكافؤ الفرص للجفيع دون أى تمييز يستند الى الصفة الحزبية ، اذ يعتبر التمييز فى هذه الحالة قائما على أساس اختلاف الآراء السياسية الأمر المحظور دستوريا . وبالإضافة الى ما تقدم ، فان قيام النظام الحزبى ، وقد تقرر بالقانون رقم ٤٠ لسنة ١٩٧٧ قبل التعديل الدستورى بالنص على تعدد الأحزاب السياسية ، فكان لازما أن يكون لهذا القانون أساس دستورى فى ظل قيام الاتحاد الاشتراكى العربى وقد ارتكن واضعو القانون المشار اليه فى ذلك -

ممارستهم لهذا الحق على قدم المساواة وعلى أساس من الفرص المتكافئة في الفوز بالعضوية بصرف النظر عن انتماءاتهم الحزبية وعدمها ، على أن يكون المرجع في الفوز بالعضوية للمرشح - مستقلا كان أو حزبيا ، طبقا لنظام الانتخاب بالقوائم الحزبية أو لنظام الانتخاب الفردي - إلى إرادة هيئة الناخبين صاحبة السيادة الشعبية التي هي مصدر السلطات جميعا .

وحيث أنه وإن كان للمشرع سلطة تقديرية في اختيار النظام الانتخابي إلا أن سلطته في هذا الشأن تجد حدها في عدم الخروج على القيود والضوابط والمبادئ التي نص عليها الدستور وعدم المساس بالحريات والحقوق العامة التي كفلتها نصوصه .

وحيث أنه لما كان مؤدى نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة والمادة الخامسة مكررا - متضامين - من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ أن المشرع قد نص على تقسيم الجمهورية إلى ثمان وأربعين دائرة انتخابية وجعل انتخاب أعضاء مجلس الشعب عن طريق الجمع في كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب بالقوائم الحزبية ونظام الانتخاب الفردي ، وإذا حدد لكل دائرة انتخابية عددا من المقاعد النيابية خص بها مرشحي الأحزاب السياسية عدا مقعدا واحدا خصصه لنظام الانتخاب الفردي وجعله مجالا للمنافسة الانتخابية بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين المستقلين عن هذه الأحزاب ، يكون القانون قد خالف الدستور من عدة وجوه ، إذ خص مرشحي القوائم الحزبية في كل دائرة انتخابية بعدد من المقاعد النيابية يصل في بعضها إلى ثلاثة عشر

مقعدا بينما حدد لنظام الانتخاب الفردي مقعدا واحدا لم يجعله حتى مقصورا على المرشحين المستقلين عن الأحزاب السياسية ، بل تركه مجالا مباحا للمنافسة بين هؤلاء المرشحين وغيرهم من أعضاء الأحزاب السياسية فميز القانون بذلك بين فئتين من المواطنين إذ خص المرشحين بالقوائم الحزبية بعدد من المقاعد النيابية تصل في جملتها على مستوى الجمهورية إلى ما يقرب من تسعة أعشار المقاعد النيابية في مجلس الشعب ، بينما هبط بعدد المقاعد المتاحة للمرشحين المستقلين غير المنتمين لأحزاب سياسية - بفرض فوزها بها - إلى عشر إجمالي المقاعد النيابية بزيادة طفيفة ، بل إن توزيع المقاعد النيابية على النحو الذي تضمنه القانون هو مما يفتح به أيضا لأعضاء الأحزاب السياسية فرص الفوز بجميع مقاعد مجلس الشعب بينما لا يتجاوز فرص الفوز للمستقلين بأية حال العشر تقريبا من عدد المقاعد النيابية ، الأمر الذي ينطوي على تمييز لفئة من المرشحين على فئة أخرى تمييزا قائما على الصفة الحزبية أو عدمها نون مقتضى من طبيعة حق الترشيح أو متطلبات ممارسته مما يتعارض مع الصفة التمثيلية للمجالس النيابية ويخالف صراحة نص المادة ٤٠ من الدستور التي حظرت التمييز بين المواطنين في الحريات والحقوق العامة كما يتعارض أيضا مع مبدأ تكافؤ الفرص الذي يقتضي أن تكون فرص الفوز في الانتخابات متساوية بين جميع المرشحين بصرف النظر عن انتماءاتهم الحزبية ، فضلا عن ذلك فإن القانون حين حدد عدد المقاعد النيابية المخصصة لكل دائرة من الدوائر الانتخابية وغيرها في عدد المقاعد من دائرة إلى أخرى ، أقام هذا التحديد العددي للمقاعد المخصصة لكل دائرة كقاعدة عامة على

أساس عدد المواطنين بها حسبما أفصحت عن ذلك المذكرة الايضاحية للقانون رقم ١١٤ لسنة ١٩٨٣ بتعديل قانون مجلس الشعب فيما عدا المحافظات التى استثنائها المشرع من هذه القاعدة للاعتبارات التى أشارت اليها المذكرة الايضاحية لهذا القانون ، فانه أيا كان وجه الرأى فى هذا الاستثناء وبافتراض صحة الالتزام بتلك القاعدة فى المحافظات الأخرى ، فان القانون اذ حدد للمرشح الفردى مقعدا واحدا فى كل دائرة من الدوائر الانتخابية على ما بينهما من تفاوت فى عدد المواطنين بها وخص مرشحي القوائم الحزبية بباقي المقاعد النيابية المخصصة للدائرة ، فانه يكون بذلك قد جعل التفاوت فى عدد المواطنين هو الأساس فى تحديد عدد المقاعد المخصصة لمرشحي القوائم الحزبية دون أن يكون لذلك أى أثر بالنسبة للمرشحين طبقا لنظام الانتخاب الفردى الذى يتنافس فيه المستقلون مع غيرهم من أعضاء الأحزاب السياسية على مقعد واحد حدده المشرع بطريقة تحكمية فى كل دائرة انتخابية أيا كان عدد المواطنين بها مخالفا بذلك - وعلى غير أسس موضوعية - القاعدة العامة التى اتبعها فى تحديد عدد المقاعد النيابية فى كل دائرة انتخابية بما يتناسب مع عدد السكان فيها ، الأمر الذى يتضمن بدوره اخلافا بمبدأ المساواة فى معاملة الفئتين من المرشحين ، وبالإضافة الى ذلك فان القانون عندما جعل المقعد الوحيد المخصص لنظام الانتخاب الفردى فى دائرة انتخابية مجالا للمنافسة بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب ، فانه يكون بذلك قد أتاح لكل من مرشحي الأحزاب السياسية إحدى فرصتين للفوز بالعضوية : احدهما بوسيلة الترشيح

بالقوائم الحزبية ، والثانية عن طريق الترشيح للمقعد الفردى ، بينما جاءت الفرصة الوحيدة المتاحة للمرشحين المستقلين قاصرة بتنافس معهم فيها المرشحون من أعضاء الأحزاب السياسية ، مما ينطوى على التمييز بين الفئتين فى الفرص المتاحة للفوز بالعضوية ، ويتعارض بالتالى مع مبدأ تكافؤ الفرص المنصوص عليه فى الدستور ، وذلك كله دون أن يكون التمييز فى معاملة الفئتين من المرشحين وفى الفرص المتاحة للفوز بالعضوية فى جميع الوجوه المتقدمة مبررا بقاعدة موضوعية ترد فى أساسها الى طبيعة حق الترشيح وما تقتضيه ممارسته من متطلبات والتى يتحقق ومن خلالها التكافؤ فى الفرص والمساواة أمام القانون .

لما كان ذلك وكانت المادة الخامسة مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ فى شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ بما نصت عليه من أن «يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردى ، ويكون انتخاب باقى الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية» ، تعتبر قاطعة فى الدلالة على ما قصد اليه المشرع من تجديده مقعدا واحدا - لنظام الانتخاب الفردى فى كل دائرة انتخابية - يجرى التنافس عليه بين المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية والمرشحين غير المنتمين لهذه الأحزاب ، وتخصيصه عدة مقاعد فى الدائرة خالصة لمرشحي القوائم الحزبية ، ومن ثم فان هذه المادة تكون بذاتها قد تضمنت فى صريح نصها اخلافا بحق المواطنين غير المنتمين لأحزاب سياسية فى الترشيح على قدم المساواة وعلى أساس من تكافؤ الفرص مع باقى المرشحين من أعضاء الأحزاب السياسية اخلافا أدى الى التمييز بين

الفئتين من المرشحين في المعاملة القانونية وفي الفرص المتاحة للفوز بالعضوية تمييزاً قائماً على أساس اختلاف الآراء السياسية مما يشكل مخالفة للمواد ٨ ، ٤٠ ، ٦٢ من الدستور ويستوجب القضاء بعدم دستوريته. فيما تضمنه من النص على أن «يكون لكل دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية».

وحيث أنه لا حاجة في القول بأن للمواطن المستقبل الحرية في الانضمام الى أحد الأحزاب السياسية ليشتر من خلاله حقوقه السياسية ومنها الحق في الترشيح لعضوية مجلس الشعب على قدم المساواة مع غيره من أعضاء الأحزاب السياسية ، إذ أن ذلك مردود بما ينطوي عليه من إخلال بالحرية في الانضمام الى الأحزاب السياسية أو عدم الانضمام إليها ، وهي حرية كفل الدستور أصلها ، ومردود أيضاً بأن للمواطن آراؤه وأفكاره التي تنبع من قرارة نفسه ويطمئن إليها وجدانه وأن حمله على الانضمام لأي من الأحزاب السياسية مع ما يلتزم به الحزب من برامج وسياسات وأساليب يسعى بها لتحقيق مبادئ وأهدافه ، ما قد يتعارض مع حريته في الرأي ، وهي من الحريات الأساسية التي تحتمها طبيعة النظم الديمقراطية الحرة والتي حرصت على توكيدها الدساتير المصرية المتعاقبة وقررها الدستور القائم في المادة ٤٧ منه .

لما كان ذلك وكان القضاء بعدم دستورية نص المادة الخامسة مكرراً من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة ١٩٨٦ يترتب عليه انعدام هذا النص وإبطال العمل به فيما قرره من أن يكون

لكل دائرة (انتخابية) عضو واحد يتم انتخابه عن طريق الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقي الأعضاء الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم الحزبية . ومن ثم يكون النعي على نص الفقرة الأولى من المادة الثالثة من القانون المشار إليه قد أضحي غير مجد وبالتالي غير مقبول ، إذ لم يعد له مجال في التطبيق بعد أن ألغى نفاذ النص على كيفية توزيع المقاعد النيابية في كل دائرة انتخابية بين نظام الانتخاب الفردي ونظام الانتخاب بالقوائم الحزبية على النحو الذي تضمنته المادة الخامسة مكرراً سالفه الذكر تبعاً لتقرير بطلان هذا النص وانعدام أثره .

وحيث أنه عما أشار إليه المدعى من أن بطلان تكوين مجلس الشعب لقيامه على انتخابات مخالفة للدستور يترتب عليه عدم دستورية كل ما أقره المجلس من قوانين وقرارات مما يهدد البلاد بانهايار دستوري كامل ، فإن على المحكمة - بحكم رسالتها التي حملت أمانتها بصفتها الهيئة القضائية العليا التي أنشأها الدستور حارسه لأحكامه ونصبها قوامه على صونه وحمايته ، وباعتبارها الجهة التي ناط بها القانون دون غيرها سلطة الفصل القضائي في كافة المنازعات المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات الصادرة منها - أن تقول كلمتها في هذا الموضوع تجلية لوجه الحق فيه .

وحيث أن الأصل في الأحكام القضائية أنها كاشفة وليست منشئة ، إذ هي لا تستحدث جديداً ولا تنشئ مراكز أو أوضاعاً لم تكن موجودة من قبل ، بل هي تكشف عن حكم الدستور أو القانون في المنازعات المطروحة على القضاء وترده الى مفهومه الصحيح الذي يلزمه منذ صدوره الأمر الذي يستتبع أن يكون للحكم بعدم

الدستورية أثر رجعي كنتيجة حتمية لطبيعته الكاشفة ، بيانا لوجه الصواب في دستورية النص التشريعي المطعون عليه منذ صدوره ، وما اذا كان هذا النص قد جاء موافقا للدستور وفي حدوده المقررة شكلا وموضوعا ، فتأكد للنص شرعيته الدستورية ويستمر نفاذه ، أم أنه صدر متعارضا مع الدستور فينسلخ عنه وصفه وتنعدم قيمته بأثر ينسحب الى يوم صدوره . فضلا عن ذلك فان المشرع حين أجاز في قانون المحكمة الدستورية العليا أثار المسألة الدستورية أثناء نظر أحد الدعوى أمام أى من جهات القضاء ، أما من تلقاء نفسها أو بطريق الدفع من أحد الخصوم ، وأوجب على الجهة القضائية - عند الشك في عدم الدستورية - وقف الدعوى أو تأجيلها انتظارا لحكم المحكمة الدستورية العليا بالفصل في المسألة المثارة ، انما كان ينبغي بذلك تحقيق فائدة للخصم في المنازعات الموضوعية التي أثير فيها الدفع الدستوري فيما لو قضى بعدم الدستورية وهي منازعات تنور كلها حول علاقات وأوضاع سابقة بالضرورة على الحكم بعدم الدستورية ، فاذا لم يكن لهذا الحكم أثر رجعي ، لأصبح لزاما على قاضي الموضوع - الذي أرجأ تطبيق القانون حين ساوره الشك في عدم دستوريته - أن يطبق ذات القانون بعد القضاء بعدم دستوريته مما يأباه المنطق القانوني السليم ويتنافى مع الغرض المرتجى من الدفع بعدم الدستورية ولا يحقق لمبدى الدفع أية فائدة عملية ، مما يجعل الحق في التقاضي - وهو من الحقوق العامة التي كفلها الدستور في المادة ٦٨ منه للناس كافة - بالنسبة للمسألة الدستورية غير مجد ومنجربا من مضمونه ، الأمر الذي ينبغي تنزيه المشرع عن قصد التردى فيه . وبالإضافة الى ذلك فان النص في المادة ٤٩ من قانون

المحكمة الدستورية العليا على عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته من اليوم التالي لنشر الحكم بعدم الدستورية ، وهو خطاب تشريعي موجه لجميع سلطات الدولة وللکافة للعمل بمقتضاه ، ولما كان قاضي الموضوع هو من بين المخاطبين بهذا النص التشريعي فانه يكون متعينا عليه عملا بهذا النص - ألا ينزل حكم القانون المقضى بعدم دستوريته على المنازعات المطروحة عليه من قبل ، وذلك يؤكد قصد المشرع في تقرير الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية ويؤيد انسحابه على ما سبقه من علاقات وأوضاع نشأت في ظل القانون الذي قضى بعدم دستوريته . وقد أعملت المادة ٤٩ من قانون المحكمة الدستورية العليا هذه الرجعية على اطلاقها بالنسبة للنصوص الجنائية الى حد اسقاط حجية الأمر المقضى لتعلقها بالادانة في أمور تمس الحريات الشخصية ، فنصت على أنه «فاذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي ، تعتبر الأحكام التي صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص كأن لم تكن ...» أما في المسائل الأخرى - غير الجنائية - فيسرى عليها كذلك الأثر الرجعي للحكم بعدم الدستورية على ماسلف بيانه ، مالم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه أساس قانون آخر ترتكن اليه ويحدد من اطلاقه الرجعية عليها . وهو ما أفصحت عنه المنكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا في تعليقها على نص المادة ٤٩ منه ، حيث جاء بها أن القانون «تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة ، فنص على عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم ، وهو نص ورد في بعض القوانين المقارنة . واستقر الفقه والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص ليس في المبتدئ فحسب وانما

الدعوى الدستورية رقم ٤٨ لسنة ٣ قضائية
بتاريخ ١١ يونيه سنة ١٩٨٣ .

لما كان ذلك وكانت انتخابات مجلس الشعب
قد أجريت بناء على نص تشريعي ثبت عدم
دستورية الحكم الذي انتهت اليه المحكمة في
الدعوى الماثلة ، فان مؤدى هذا الحكم ولازمه أن
تكوين المجلس المذكور يكون باطلا منذ
انتخابه ، الا أن هذا البطلان لا يؤدي البتة الى
ما ذهب اليه المدعى من وقوع انهيار دستوري
ولا يستتبع اسقاط ما أقره المجلس من قوانين
وقرارات وما اتخذته من اجراءات خلال الفترة
السابقة وحتى تاريخ نشر هذا الحكم في الجريدة
الرسمية ، بل تظل تلك القوانين والقرارات
والاجراءات قائمة على أصلها من الصحة ، ومن
ثم تبقى صحيحة ونافذة ، وذلك ما لم يتقرر
الغاؤها أو تعديلها من الجهة المختصة دستوريا
أو يقضى بعدم دستورية نصوصها التشريعية
بحكم من المحكمة الدستورية العليا أن كان لذلك
ثمة وجه آخر غير ما بنى عليه هذا الحكم .

لهذه الأسباب

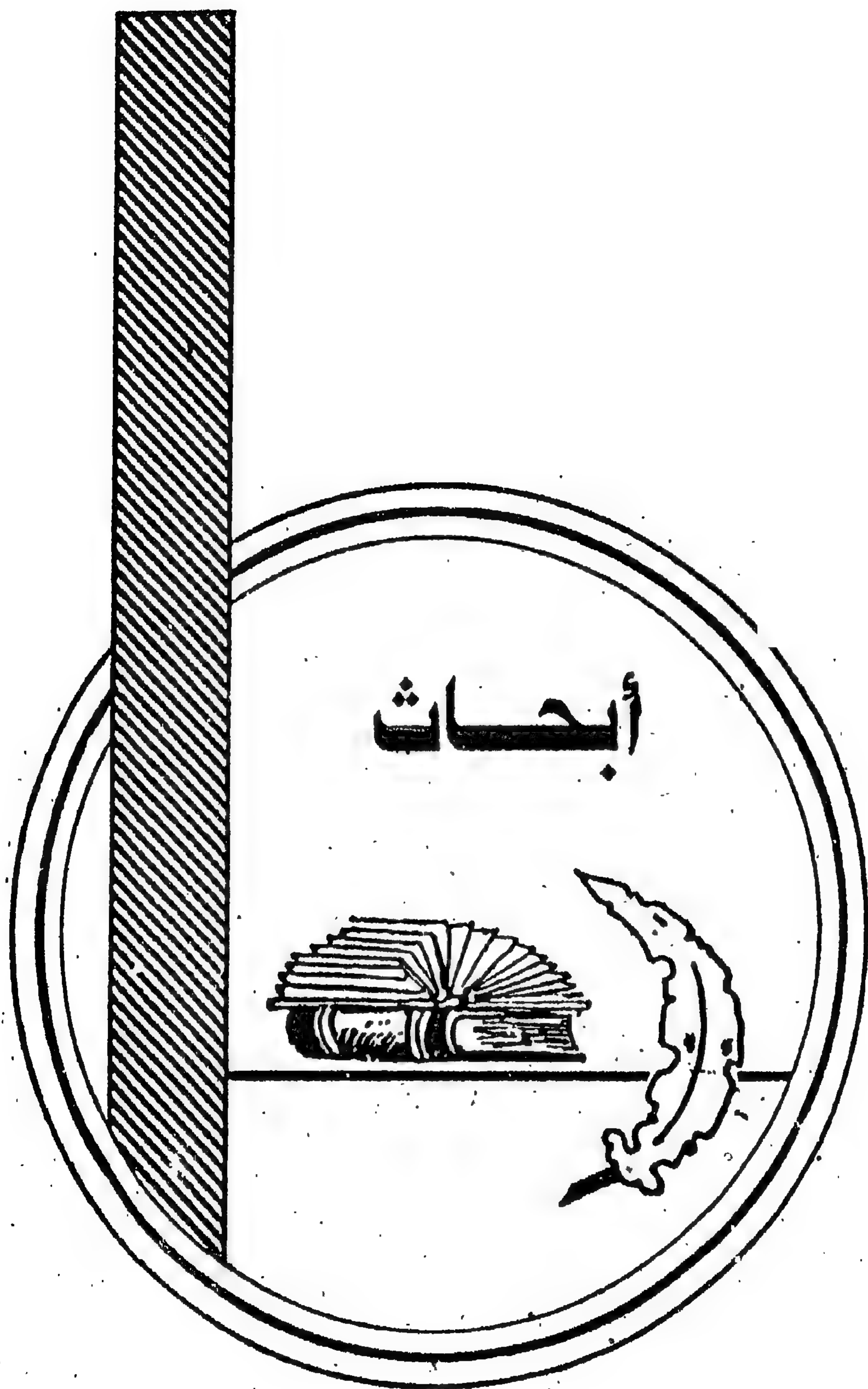
حكمت المحكمة بعدم دستورية المادة الخامسة
مكررا من القانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٧٢ في شأن
مجلس الشعب المعدل بالقانون رقم ١٨٨ لسنة
١٩٨٦ فيما تضمنته من النص على أن يكون لكل
دائرة عضو واحد يتم انتخابه عن طريق
الانتخاب الفردي ويكون انتخاب باقى الأعضاء
الممثلين للدائرة عن طريق الانتخاب بالقوائم
الحزبية .

(القضية رقم ٣٧ لسنة ٩ ق دستورية)

بالنسبة الى الوقائع والعلاقات السابقة على
صدور الحكم بعدم دستورية النص ، على أن
يستثنى من هذا الأثر الرجعى الحقوق والمراكز
التي تكون قد استقرت عنه صدوره بحكم حاز
قوة الأمر المقضى أو بانقضاء مدة تقادم . اما اذا
كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائى
فان جميع الأحكام التي صدرت بالادانة استنادا
الى ذلك النص كأن لم تكن ... أما فى المسائل
الأخرى - غير الجنائية - فيسرى عليها كذلك
الأثر الرجعى للحكم بعدم الدستورية على ما سلف
بيانه ، ما لم يكن للعلاقات والأوضاع السابقة عليه
أساس قانونى آخر ترتكن اليه ويحدد من اطلاقه
الرجعية عليها . وهو ما أفصحت عنه المذكرة
الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا فى
تعليقها على نص المادة ٤٩ منه ، حيث جاء بها
أن القانون «تناول أثر الحكم بعدم دستورية نص
فى قانون أو لائحة ، فنص على عدم جواز
تطبيقه من اليوم التالى لنشر الحكم ، وهو نص
ورد فى بعض القوانين المقارنة واستقر الفقه
والقضاء على أن مؤداه هو عدم تطبيق النص
ليس فى المستقبل فحسب وانما بالنسبة الى
الوقائع والعلاقات السابقة على صدور الحكم بعدم
دستورية النص ، على أن يستثنى من هذا الأثر
للرجعى الحقوق والمراكز التي تكون قد استقرت
عنه صدوره بحكم حاز قوة الأمر المقضى أو
بانقضاء مدة تقادم . أما اذا كان الحكم بعدم
الدستورية متعلقا بنص جنائى فان جميع الأحكام
التي صدرت بالادانة استنادا الى ذلك النص تعتبر
كان لم تكن ولو كانت أحكاما باتة ، وهو ما جرى
عليه قضاء هذه المحكمة بحكمها الصادر فى
الدعوى الدستورية رقم ١٦ لسنة ٣ قضائية
بتاريخ ٥ يونيه سنة ١٩٨٢ وحكمها الصادر فى

الحرية ليست شيئاً يهدى ، فالرجل يستطيع أن يعيش حراً
حتى في ظل الطغيان والدكتاتورية ، وإنما الحرية شيء
ينتزعهُ الرجل لنفسه انتزاعاً ، لأنها لم تكن يوماً شيئاً
نستجديه .

جان جاك روسو



مشروعية مرحلة الأحداث القلبيونية وقوتها في الاثبات الجنائي

للسيد الاستاذ / أحمد جمعه شحاته
المحامى بالنقض

تمهيد :

ليس من شك أن الفرد هو محور القانون فالتشريعات تسعى في تنظيماتها إلى حمايته وتحقيق مصالحه . التي هي في النهاية تمثل مجموعة من مصالح المجتمع ككل . بحيث يكون من السهل الميسور ودائماً إقامة نوع من التوازن العادل بين المصلحتين .

لذلك كان موضوع الحق في احترام الحياة الخاصة من أهم الموضوعات التي عني بها المشرع الجنائي الحديث - لما له من ارتباط وثيق بجريه الفرد واحترام آدميته .

واما كانت الحياة الاجتماعية قد أصابها التعقيد والتغيير وتداخلت عوامل ومصالح المجتمع طبقاً لما يراه القائمون على النظام الاجتماعي على كل حسب ظروفه . ونظرته للحرية الفردية وتقييمه لأهميتها .

ممل جعل موضوع الحق في احترام الحياة الخاصة من أم الموضوعات التي عني بها المشرع الجنائي الحديث . وأصبحت نظرية الحريات الفردية ذات قيمة حقيقية باعتبارها حقوقاً أولية وأساسية ، وحجر الزاوية فيها هو حق الإنسان في الأمن والحرية والسكينة .

وليس من شك في أن الأنظمة الجنائية قد عرفت مراحل تطورها أنواعاً من الإجراءات تنطوي على انتهاك حقوق الفرد الأولية في سبيل تتبع الحياة ومحاكمتهم . ومن ذلك القبض والحبس الإحتياطي والتفتيش . وفي تبرير هذه الإجراءات يقول الأستاذ ديفيز "DAVIS" أنه « إذا ما غلت يد العدالة عن التعرض لحقوق الأفراد لكنا بإزاء فوضى إجرامية ومن ثم يجب أن يتاح للقائمين على تنفيذ القانون نوع من السلطة

في إنكار الحريات الشخصية بالقدر الذي يحول دون تسلط الإجرام على مقدرات الناس . وإنما ينبغي أن يتجاوز الأمر هذا القدر . إذ لا فارق بين أن تنتهك حريات الأفراد بمعرفة أشخاص يعملون تحت ستار القانون أو بمعرفة مجرمين يرتكبون آثامهم بمنأى عن سطوة القانون » .

والسائد في فقه القانون أن العمل الإجرامي هو نوع من التنسيق بين مصلحة المجتمع في القصاص من مرتكب الجرائم ومصلحة الفرد في صيانة حقوقه الأساسية في الحرية والسكينة وحرمة مسكنه .

ولابد أن يتمشى العمل الإجرائي ويتطور مع التطور الاجتماعي والعلمي السائد في المجتمعات المختلفة . وأن يواكب التطورات العلمية الخطيرة التي أصبحت تنال بسهولة ويسر من الحياة

الخاصة للأفراد وتعرضها لانتهاكات خطيرة .

ولقد بلغ التقدم العلمى شوطاً كبيراً فى ميادين شتى مثلاً فى مجال الفيزياء وفى مجال الوسائل البصرية وفى شأن الوسائل السمعية .

فاكتشاف الذبذبات الحديثة بواسطة الموجات الصوتية الصادرة من صوت الإنسان قد سمح بالحصول على معلومات عن شخص دون علمه .

ولقد كان لاكتشاف الميكروفون والتليفون فى منتصف القرن الماضى دور كبير فى اختراع كثير من الآلات التى تسمح بإجراء التصنت الخفى . وجاء اكتشاف العصر الحديث للترانزستور سنة ١٩٤٨ فأصبحت الآلة الأليكترونية بصغر حجمها وقلة تكلفتها ذات خطورة بالغة . حتى وصل الأمر إلى اختراع جهاز تجسس لا يتعدى حجم ضرس واحد يوضع وسط أسنان العاملين فى مجال التخابر لينقل ما يدور حولهم بالصوت والصورة إلى محطة الاستقبال .

ولما كان هذا التقدم التكنولوجى الهائل أصبح يمثل

تهديداً خطيراً للحياة الخاصة للإنسان نظراً لما تقدمه الأجهزة الحديثة من إمكانيات التلصص والتجسس التى تنفذ إلى حياة الإنسان الخاصة فتصورها وتسجلها بغير علم صاحبها بالرغم من وجوده داخل منزله المحكم الإغلاق . ومن ثم كان لابد للمشرع الجنائى أن يتدخل لتجريم مثل هذه الأفعال .

ففى فرنسا صدر القانون رقم ٦٤٣ - ٧٠ فى ١٧ يوليو سنة ١٩٧٠ بشأن حماية حقوق الأفراد وحررياتهم . إذ أضاف خمس مواد جديدة إلى قانون العقوبات من (٣٦٨ - ٣٧٢) تعاقب على الإعتداء على الحياة الخاصة للأفراد بالتصنت أو تسجيل الأحاديث أو التقاط الصور أو إنشائها ونشر المونتاج بأى وسيلة كانت دون موافقة المجنى عليه .

ولقد تأثر المشرع المصرى بالمشرع الفرنسى وأصدر القانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ والذى بمقتضاه أضيفت إلى قانون العقوبات المادتان (٣٠٩) مكرر ، (٣٠٩) مكرر (أ) فى باب القذف والسب .

ومعنى ذلك أن الفكر الجنائى الحديث فى العالم قد أجمع على وجوب الحماية الجنائية لحقوق الإنسان والحرىات الفردية والحقوق اللصيقة بها . وكان لابد أن يتدخل المشرع الإجرائى ليواكب هذا التطور بأن ينظم الوسائل التى تكفل إيقاع الجزاء بمرتكب هذه الجرائم وإقامة الأدلة عليهم .

وسنعرض هذا الموضوع فى قسمين :

القسم الأول : مراقبة المخابرات التليفونية .

القسم الثانى : قوة الدليل المستمدة من مراقبة المخابرات التليفونية كدليل إدانة فى الحكم الجنائى .

القسم الأول : مراقبة المخابرات التليفونية :

تعد الأحاديث الشخصية للمرء من خصوصياته بالمعنى السابق بيانه . ومن ثم يحيطها بسياج من الكتمان والسرية فلا يرغب فى معرفة مكنونها أحد غيره ومن أسر إليه بها . حتى أن المشرع فى قانون العقوبات المصرى والفرنسى قد جرم هذا النوع من الإعتداء لأنها تعد افتئات على الحق فى

الحياة الخاصة .

ويتفرع عن ذلك أن الإعتداء له وجهان الأول بالنسبة للتسجيلات التي قد يسجلها شخص على آخر والثاني مدى مشروعية تسجيل المكالمات التليفونية والتسجيلات الخاصة الذي يجريه رجال السلطة العامة للإستعانة به في مجال الإثبات الجنائي وهو موضوع بحثنا ودراستنا .

وتعد مراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة من قبيل الأمور الماسة بالحياة الخاصة للأفراد باعتبار أنها تكشف السرية عما يدلى به الإنسان من خصوصياته . وهو متيقن أن ما يقوله لا تتسرب معرفته غير محدثه . ولقد ثار جدل في القانون المقارن حول مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية ومدى التعويل على الدليل المستمد منها بوصفه أداة إثبات في المسائل الجنائية .

أما المشرع المصري والإيطالي فقد حسم الأمر بنصوص صريحة .. . وسنعرض في دراسة هذا الموضوع لعدة مباحث .

المبحث الأول : التكييف القانوني لمراقبة المحادثات التليفونية :

والمقصود من ذلك البحث عن الطبيعة القانونية لاستخدام أجهزة المراقبة والتسجيل وعما إذا كان الدليل المستمد منها يعد دليلاً مستقلاً بذاته أم يتدرج تحت نوع من أنواع الإجراءات المعروفة في القانون .. ؟ .

يميل غالبية الشراح إلى تكييف مراقبة المحادثات التليفونية على أنها نوع من التفتيش لأن التفتيش اعتداء على حق السر .

والقانون يحمي السر أياً كان وعاءه فليست العبرة بالكيان المادي للوعاء فقد يكون كيان السر مادي يجوز ضبطه أو شيئاً معنوياً يتعذر ضبطه إلا إذا اندمج في كيان مادي كما هو الحال في المحادثات التليفونية المسجلة على أجهزة التسجيل فما دامت المحادثات بحسب طبيعتها تنقيب عن الأسرار فهي نوع من التفتيش ويؤيد بعض الفقهاء هذا النظر بالقول بأن المادتين ٩٥ ، ٩٥ مكرر من قانون الإجراءات الجنائية وردتا في الفصل

الرابع من الباب الثالث وعنوانه « في الإنتقال والتفتيش وضبط الأشياء المتعلقة بالجريمة » بالإضافة إلى التسوية في تطبيق نص المادة (٢٠٦) بين ضوابط مراقبة المحادثات التليفونية وبين تفتيش غير المهتمين ومنازل غيرهم . مما يدل بذاته على ما بينهما من اتحاد أو تشابه في التكييف القانوني لطبيعة كل منهما . ومن ثم إذا خلا القانون من تحديد شرط من شروط المراقبة التليفونية وجب الإلتجاء إلى أحكام التفتيش .

وقد أيدت محكمة النقض المصرية هذا الإلتجاء صراحة في أحكامها فقالت : (أن مدلول كلمتي الخطابات والرسائل المشار إليها « في المادة (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية وإباحة ضبطها في أي مكان خارج منازل المتهمين طبقاً للإحالة » على الفقرة الثانية من المادة (٩١) يتسع ليشمل كافة الخطابات والرسائل والطرود والرسائل البرقية . كما يتدرج تحته المكالمات التليفونية لكونها لا تعدو أن تكون من قبيل الرسائل الشفوية

لاتحادهما في الجوهر وإن
اختلفا في الشكل) .

نقض ١٢ فبراير سنة
١٩٦٢ مجموعة أحكام النقض
س ١٣ رقم ٣٧ ص ١٣٥ .

نقض ١٤ فبراير سنة
١٩٦٧ مجموعة أحكام نقض
س ٨ ق ٤٢ ص ٢١٩ .

ويرى البعض الآخر أن
المراقبة التليفونية وتسجيل
المحادثات الخاصة لا يعد
نوعاً من التفتيش وإنما هو
إجراء من نوع خاص وفقاً
لمعناه الفني وعلى ذلك
لا يكفي لمشروعية مراقبة
تسجيل الأحاديث الخاصة أو
مراقبة المكالمات توافر
الشروط التي يتطلبها المشرع
لإجراء التفتيش . وإنما يجب
أن تتم وفقاً للضمانات الشكلية
والموضوعية التي أوجبها
المشرع في هذا الشأن حتى
تتحقق مشروعية الإجراء .

ويرى بعض الفقهاء ونتفق
معهم في أنه وإن كان أمر
مراقبة المحادثات والتسجيلات
إجراء من نوع خاص وأنه
ليس في الحقيقة تفتيشاً . ومن
حيث أن أقرب الإجراءات إليه
هو إجراء التفتيش فقد عالجه
المشرع في هذا النطاق

وأحاطه بالضمانات التي تحوط
تفتيش الرسائل .

وأن ما استقر عليه قضاء
النقض من أن الشارع قد سوى
في المعاملة بين مراقبة
المكالمات وضبط الرسائل
وبين تفتيش منازل غير
المتهمين لعله وهي تعلق
مصلحة الغير بها . هو قضاء
سديد . ويتفق مع النظريات
الحديثة التي تتجه إلى حماية
الحريات الخاصة والحقوق
الصيقة بها . فبالإضافة إلى
الضمانات التي نص عليها
المشرع في المادة (٩٥) من
قانون الإجراءات الجنائية فإنه
يجب لمشروعية المراقبة
والتسجيل توفر الشروط التي
يتطلبها المشرع لإجراء
التفتيش حتى يتحقق مشروعية
الإجراء .

المبحث الثاني : مراقبة
المحادثات التليفونية في
القانون الفرنسي :

لا يوجد في القانون
الفرنسي نص خاص يتناول
مراقبة المحادثات التليفونية
وانقسم الفقه إلى قسمين :

فريق يرى أن مراقبة
المحادثات التليفونية عمل
يوصم بعدم المشروعية إذ فيه

شبهة الإحتيال . ثم أنه عمل
لا يليق بقاضي يجب عليه أن
يؤدي واجبه بأمانة تتفق وما
للسلطة القضائية من نزاهة .
بل أضاف بعض رجال الفقه
الفرنسي بأن هذا الأسلوب
لا يتفق مع الأخلاق الموروثة
لأنها دائماً تتجه إلى حماية
الحريات إلى الضرب صفحاً
عن كل وسيلة تتأبى الإنسجام
مع نظام تسوده الحرية .

وقد ذهب بعض المحاكم
الفرنسية إلى الأخذ بهذا
الرأي . فقد قررت محكمة
النقض الفرنسية في حكم لها
في ١٢ يونية سنة ١٩٥٢ عدم
مشروعية هذه الوسيلة
وبطلان الدليل المستمد منها .

ولا يتفق مطلقاً للقول بعدم
البطلان أن تكون المراقبة قد
تمت بناء على إذن قاضي
التحقيق لأحد مأموري الضبط
القضائي وأضافت المحكمة أنه
في غيبة نص يعالج هذا الأمر
بالإيجاب أو السلب فإن
المحكمة قد أسست حكمها
على مبدأ عام هو احترام
الحقوق الطبيعية للدفاع . وقد
أكدت محكمة النقض الفرنسية
عداءها لاستخدام هذه الوسيلة
في حكم لها في ١٨ فبراير
سنة ١٩٥٨ م .

العلمى فى كشف الحقيقة لمصلحة العدالة ومحاربة الجريمة .

المبحث الثالث : مراقبة المحادثات التليفونية :

فى القانون المصرى

ان الدستور المصرى قد حرص فى عرض حمايته للحريات العامة على كفالة الحريات الشخصية لاتصالها بكيان الفرد منذ وجوده .

فأكدت المادة (٤١) من الدستور على أن « الحرية الشخصية حق طبيعى » وعلى أنها « مصونة لا تمس » كما قضت المادة (٤٤) من الدستور على أن « حياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون » .

غير أن الدستور المصرى الصادر فى عام ١٩٧١م لم يكتف فى تقرير الحماية الدستورية بإيراد ذلك فى عبارات عامة كما كانت تفعل الدساتير السابقة عليه . والتي كانت تترك للمشروع العادى سلطة لا قيود عليها فى تنظيم هذه الحريات .

ولكنه أتى بقواعد أساسية تقرر عدة ضمانات لحماية هذه

ذلك بناء على إذن من قاضى التحقيق ولم ينطو التصرف على افتئات على حق الدفاع على أن يطرح المستند الذى يتضمن إثبات نتائج المراقبة التليفونية للمناقشة فى الجلسة .

وقد قضت إحدى المحاكم العسكرية الفرنسية « بأن تسجيل أحاديث المتهم لا يعد من أدلة الإثبات المعتبرة . وإن كان يصح اعتباره قرينة من القرائن التى تكون عقيدة القاضى إذا ما أضيفت إلى عناصر الإثبات الأخرى .

وفى حكم حديث لمحكمة النقض الفرنسية فى ٩ أكتوبر سنة ١٩٨٠ قررت صراحة مشروعية المراقبة التليفونية متى تمت بناء على إذن صادر من سلطة التحقيق . وكان الأمر يتعلق بمتهم .

ويبين كل ما تقدم أن الفقه والقضاء يترك الأمر فى شأن قبول الدليل المستمد من التسجيلات لمحضر اقتناع القاضى ودون أن يضع مبدأ عاماً . وإن كانت النتيجة النهائية تتحصل فى اعتباره قرينة . وما دام للقاضى حريته فى تكوين اقتناعه فلا مانع من الإستعانة بثمرات التقدم

إلا أن الرأى السائد فى الفقه والقضاء الآن يقول بالسماح باستخدام هذه الوسيلة متى توافرت ضمانات معينة . وفى ذلك يذهب بعض الفقهاء الفرنسيين إلى أنه ليس ثمة ما يدعو إلى منع استخدام هذه الوسيلة التى يمكن أن تساعد العدالة فى كشف الحقيقة ذلك لمحاربة الجريمة .

وقد قضت محكمة جنح السين بأن الإعترافات التى حصل عليها مأمور الضبط القضائى نتيجة مراقبة المحادثات التليفونية تعد مقبولة وصحيحة متى كان ضابط الشرطة قد تصرف فى حدود الإنابة القضائية المخولة له من قبل قاضى التحقيق ومتى لم يكن هناك احتيال أو إكراه أو تحريض . ولا يتنازع المتهم فى صحة ما نسب إليه .

كما قضت محكمة استئناف «بواتيه» فى حكم لها فى ٧ يناير سنة ١٩٦٠ بأن الإتصال التليفونى لا يعدو أن يكون نوعاً من الرسائل ولما كانت مراقبة الرسائل مشروعة فإن دواعى المنطق تقتضى أن تكون الأولى مشروعة بدورها . متى اقتضت مصلحة التحقيق وكان

الحرية الشخصية وما يتفرع عنها من حريات وحرمانات . وارتفع بها إلى مصاف القواعد الدستورية وضمنها المواد من (٤١) حتى (٤٥) بحيث لم يعد جائزاً للمشرع العادى أن يخالفها أو يخالف ما تضمنته من قواعد وضمانات لصون هذه الحريات وإلا كان عمل المشرع مخالف للشرعية الدستورية .

ولقد كفل الدستور المصرى حماية حق الإنسان فى الحياة الخاصة بمقتضى المادة (٤٥) التى أكدت أن «لحياة المواطنين الخاصة حرمة . يحميها القانون» وأضاف إلى المادة (٤٥) فقرة (٢) قوله «للمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال ، حرمة ، وسريتها مكفولة ، ولا يجوز مصادرتها ، أو الإطلاع عليها أو رقابتها ، إلا بأمر قضائى مسبب ، ولمدة محدودة ومرفقاً لأحكام القانون .

إذا مراقبة المحادثات التليفونية والرسائل البريدية أو ضبطها أو مصادرتها هو من قبيل الاستثناء على القاعدة العامة الخاصة بحرمة هذه

المسائل فلا يجوز التوسع فيه أو القياس عليه .

وتأكيداً لهذه القواعد عزز المشرع هذه الحماية بحماية جنائية أخرى ضمنها المواد (٣٠٩) مكرر و (٣٠٩) مكرر (أ) التى تنص على «معاقبة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال المنصوص عليها فى المادة (٣٠٩) مكرر فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضا المجنى عليه . وهذه الأفعال هى استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثة جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون أو النقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه صورة شخص فى مكان خاص» .

كما عاقب المشرع أيضاً الموظف العام الذى يرتكب أحد الأفعال السابق بيانها اعتماداً على سلطة وظيفته .

وتمشياً مع الإتجاهات الحديثة فى الفكر الجنائى الإجرائى المعاصر التى تتمثل فى مصلحة التحقيق قد تقضى فى بعض الأحيان اللجوء إلى

مراقبة الأحاديث الخاصة ومراقبة الأحاديث التليفونية وتسجيلها وهو الأمر الذى حدا بالمشرع إلى إصدار المواد (٩٥) ، (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية لإضفاء الشرعية على هذا الأمر .

وتنص المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية المعدلة بالقانون ٣٧ لسنة ١٩٧٢ على أن «لقاضى التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البريد ، وجميع البرقيات لدى مكاتب البرق . وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية وإجراء تسجيل لأحاديث جرت فى مكان خاص ، متى كان لذلك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس لمدة تزيد عن ثلاثة أشهر وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط والإطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ، ولمدة لا تزيد عن ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدة أو لمدد أخرى مماثلة .

وبذلك يكون المشرع قد حسم الخلاف القائم بين الفقهاء

بالنسبة للتسجيلات التي تتم في مكان خاص فالمشرع في هذا النص قد أجاز هذا الأمر بذات الضمانات الواجبة في مراقبة المحادثات السلوكية واللاسلكية وكذلك تسري بالنسبة لضبط الرسائل والبرقيات بذات الضمانات والشروط الواجب توافرها في ضبط الرسائل والبرقيات لدى مصلحة البرق والبريد .

ولقد حسمت محكمة النقض هذا الأمر في حكمها الصادر في ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢م والسابق بيانه .

الضمانات التي نص عليها المشرع المصري لتسجيل المحادثات ومراقبة المكالمات التليفونية :

أحاط المشرع المصري هذه المسألة مجموعة من الضمانات والشروط الواجب توافرها أفصحت عنها المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية وهي :

أولاً : لابد من وقوع فعل يعد في نظر القانون جريمة جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر . أي اشترط أن تكون الجريمة على درجة معينة من

الخطورة وقد يثور تساؤل وهو أنه قد يحدث ألا يكون تكيف الجريمة مؤكداً للوهلة الأولى .. ؟

والرأى الصحيح والراجح فقهاً وقضاءً هو أنه يكفي لتبرير الإلتجاء لهذا الإجراء وهو الإذن بالمراقبة الأخذ بالظاهر . فإذا كان ظاهر التكيف ينبئ عن كون الفعل جنائية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر جاز إجراء المراقبة أو التسجيل متى توافرت باقي الشروط . .

ومع ذلك يذهب رأى إلى أن الشك يفسر لصالح المتهم فينبغي الإمتناع عن إجراء المراقبة أو التسجيل إذا ما ثار شك حول تكيف الواقعة .

وهذا الرأي منتقد لأن الشك أثناء إجراءات التحقيق يختلف حكمه عن الشك عند إصدار الأحكام أو تسببها ثم أن مجال أعمال هذه القاعدة عند تقديم أدلة الثبوت والإدانة في دائرة اقتناع القاضي الجنائي عند إصدار الحكم ولا مجال لها عند تفسير القواعد القانونية والإجرائية .

وأخيراً فإن الأصل في الأعمال الإجرائية أنها تجرى

على حكم الظاهر وهي لا تبطل من يعد نزولاً على ما يتكشف من أمر الواقع .

ولقد استقر قضاء النقض المصري على أن « الأخذ بالظاهر لا يوجب بطلان العمل الإجرائي الذي يتم على مقتضاه . وذلك تيسيراً لتنفيذ أحكام القانون وتحقيقاً للعدالة حتى لا يفلت الجناة من العقاب .

(نقض . ١٩٦٦/١٢/٥ أحكام النقض من ١٧ رقم ٢٢٣ ص ١١٨٢) . (الطعن رقم ٣٣١٤ لسنة ٥٦ قضائية جلسة ١٩٨٦/١٠/٢٣) .

ثانياً : أوجب المشرع أن تكون مراقبة المحادثات التليفونية وتسجيل الأحاديث الشخصية بإذن من قاضي التحقيق . فلا يجوز للنيابة العامة أن تأذن بمراقبة وتسجيل الأحاديث الخاصة أو التليفونية إلا بعد استئذان القاضي الجزئي المختص . ويصدر القاضي الجزئي إذنه بعد اطلاعه على الأوراق .

« نقض ١٢ فبراير سنة ١٩٦٢ السابق بيانه » .

فإذا كان قاضي التحقيق هو الذي باشر التحقيق فيكون وحده مختصاً بالإذن بالوضع تحت المراقبة . أما إذا كان

التحقق في يد النيابة العامة
فصدر الإذن من القاضي
الجزئي .

وتكون سلطة القاضي
الجزئي في هذه الحالة هو
مجرد إصدار الإذن أو رفضه
دون أن يكون له ولاية القيام
بمباشرة موضوع الإذن
بنفسه . إذ أن هذا من شأن
النيابة العامة سلطة التحقيق
وهي في ذلك إما أن تقوم به
بنفسها . أو أن تندب لذلك من
تختاره من مأموري الضبط
القضائي المختصين (المادة
٢٠٠ إجراءات جنائية) .

وأخذت بذلك محكمة
النقض المصرية إذ قالت
« ولما كان استصدار النيابة
العامة الإذن بالمراقبة
التليفونية من القاضي
الجزئي . بعد أن كانت قد
اتصلت بمحضر التحريات
وقدّرت كفايتها لتسوية اتخاذ
الإجراء . هو عمل من أعمال
التحقيق سواء قامت بتنفيذ
الإذن بعد ذلك بنفسها أو عن
طريق ندب من تراه من
مأموري الضبط القضائي
لتنفيذه عملاً بالمادة (٢٠٠)
إجراءات جنائية التي يجري

نصها :

« أن على أنه لكل من
أعضاء النيابة العامة في حالة
إجراء التحقيق بنفسه أن يكلف
أي مأمور من مأموري الضبط
القضائي ببعض الأعمال التي
من خصائصه وهو نص عام
مطلق يسرى على كافة
إجراءات التحقيق فينتج أثره
القانوني بشرط أن يصدر
صريحاً ممن يملكه وأن
ينصب على عمل معين أو
أكثر من أعمال التحقيق -
غير استجواب المتهم - دون
أن يمتد إلى تحقيق قضية
برمتها وأن يكون ثابتاً بالكتابة
إلى أحد مأموري الضبط
القضائي المختص مكانياً
ونوعياً وهو ما جرى تطبيقه
في الدعوى المطروحة ، ومن
ثم يكون ما انتهى إليه الحكم
المطعون من رفض الدفع
ببطلان الإذن الصادر من
القاضي الجزئي بوضع تليفون
الطاعن تحت المراقبة سديداً
في القانون » .

« نقض ١٤ فبراير
سنة ١٩٦٧ مجموعة أحكام
النقض السنة ٨ ق ٤٢
ص ٢١٩ .
(الطعن رقم ٢٤٦٣ لسنة

٥٥ قضائية جلسة
١/١/١٩٨٦) .

ويستفاد من ذلك أنه ليس
لرجل الضبط القضائي أن
يخاطب القاضي الجزئي
مباشرة في هذا الإجراء إنما
يجب عليه الرجوع للنيابة
العامة صاحبة الولاية العامة
في التحقيق الابتدائي .

كما لا يجوز للقاضي
الجزئي أن يخاطب مأموري
الضبط القضائي مباشرة لتنفيذ
هذا الإجراء إنما عليه أن يأذن
للنيابة العامة صاحبة الولاية
العامة في التحقيق وهي
بدورها تقوم بندب من تراه من
مأموري الضبط القضائي
المختصين إذا لم ترغب في
القيام بهذا الإجراء بنفسها .

ثالثاً : أن تكون هناك قرائن
قوية على أن هذا الإجراء من
شأنه أن يفيد في كشف الحقيقة
وإلا بطل الإجراء وبطل الدليل
المستمد منه .

رابعاً : أن يكون الإذن
الصادر من القاضي الجزئي
بالمراقبة والتسجيل مسبباً
ولمدة محددة . حددها الشارع
بثلاثين يوماً وتكون قابلة
للتجديد لمدة أو مدد أخرى .

القسم الثانى : قوة الدليل
المستمد من مراقبة
المحادثات التليفونية كدليل
إدانة فى الحكم الجنائى

إن الإتجاه الشائع
والمسيطر فى الفقه الجنائى
الحديث يرى الأخذ بمبدأ حرية
الإثبات فى المواد الجنائية
بمعنى أن القاضى الجنائى حر
فى أن يستعين بكافة طرق
الإثبات للبحث عن الحقيقة
والكشف عنها . إذ لا يجوز
أن يقنع بفحص الأدلة التى
يقدمها له أطراف الدعوى .
فإن للقاضى الجنائى أن
يتحرى بنفسه الأدلة وأن يأمر
باتخاذ الإجراء الذى يراه
مناسباً وضرورياً للفصل فى
الدعوى .

والركيزة الثانية لهذا
الإتجاه هو حرية القاضى
الجنائى فى تقدير عناصر
الإثبات التى يستمد منها
اقتناعه .

لقد استقر فقهاء النقض
المصرى على هذا المبدأ . إذ
قالت :

« إن العبرة فى الإثبات
فى المواد الجنائية هى باقتناع
المحكمة واطمئنانها إلى الدليل
المقدم إليها فالقانون لم يقيد

القاضى بأدلة معينة بل خوله
بصفة مطلقة أن يكون عقيدته
من أى دليل أو قرينة تقدم
إليه . »

نقض ١١ يناير ١٩٤٣
س ٦ رقم ٦٨ ص ٦٤
مجموعة أحكام النقض .

نقض ١٩٥٠/٦/٦ س ٢٠
رقم ٤١٩ ص ١ مجموعة
أحكام النقض .

نقض ١٩٦٣/١/٢٩
س ١٤ رقم ١٢ ص ٥٣
مجموعة أحكام النقض .

نقض ١٩٧٤/٥/٢٠
س ٢٥ رقم ١٢ ص ٢٩٤
مجموعة أحكام النقض .

نقض ١٩٨٠/١/١٧
س ٤٩ رقم ١٩٤ ص ١٠٠٢
مجموعة أحكام النقض .

فإذا كان القاضى حراً فى
أن يستمد عقيدته من أى
مصدر يطمئن إليه لما له أصل
فى الأوراق وإليه المرجع فى
تقدير قيمة الدليل الناجم من
الدعوى دون أن يملى عليه
المشرع دليلاً معيناً أو يلزمه
باتباع وسائل محددة حتى أنه
قليل أن تقدير القاضى يعتبر
من أعمال السيادة بالنسبة
للقضاء الجنائى .

إلا أن هذا الاقتناع يجب أن
يكون منطقياً بعيد عن التحكم
القضائى بل أن القاضى ملتزم
بأن يتحرى المنطق الدقيق فى
تفكيره الذى قاد إلى اقتناعه
بحيث إذا اعتمد فى تفكيره
على أساليب ينكرها المنطق
السليم كان لمحكمة النقض أن
ترده إليه .

الطعن رقم ٦٠٩٧ لسنة
٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٤/١٥ .

الطعن رقم ٦٧٢٧ لسنة
٥٣ ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨ .

الطعن رقم ٣٨٧٩ لسنة
٥٤ ق جلسة ١٩٨٦/١/٢٣ .

الطعن رقم ٥٧٠٧ لسنة
٥٦ ق جلسة ١٩٨٧/١/٢٠ .

الطعن رقم ١٤٢٥ لسنة
٥٧ ق جلسة ١٩٨٧/١٠/٢١ .

وينبنى على ذلك أن الدليل
المستمد من التسجيلات
والمراقبة يخضع لهذه القواعد
السابق بيانها ويحق للقاضى
الجنائى الأخذ بهذا الدليل إذا
اقتنع بصحته ما دام مطروحاً
على بساط البحث بالجلسة .
وتحت نظر أطراف الدعوى ،
وقالت محكمة النقض فى
ذلك :

(وجوب بناء الأحكام على

ما له أصل بالأوراق) .

الطعن رقم ٢٣٨٥ لسنة
٥٣ ق جلسة ١٩٨٥/١/١٥ م .

وقالت أيضاً أنه من « حق محكمة الموضوع في أن تستمد اقتناعها بثبوت الجريمة من أى دليل تطمئن إليه - طالما كان له مأخذة الصحيح من الأوراق ... »
« المجادلة في ذلك أمام النقض غير جائز » .

(الطعن رقم ٦٧٢٧ لسنة ٥٣
ق جلسة ١٩٨٤/٢/٢٨) .

كما يشترط أيضاً للإستناد إلى الدليل المستمد من المراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة كدليل إدانة ألا يكون لحقه سبب يبطله ويعدم أثره . كما لو تمت هذه التسجيلات بناء على أنون لحقها البطلان .

كما لو صدرت من القاضي الجزئي غير المختص مكانياً أو صدرت من النيابة العامة إلى مأمور الضبط القضائي دون الحصول على إذن القاضي الجزئي أو صدرت من القاضي الجزئي المختص إلى مأمور الضبط القضائي المختص مباشرة ودون الرجوع إلى النيابة العامة أو صدرت من النيابة العامة بعد

استئذان القاضي الجزئي المختص إلى مأمور الضبط القضائي غير المختص مكانياً أو نوعياً .

فإن الدليل المستمد من التسجيلات الذي تم بناء على هذه الأنون الباطلة يلحقه البطلان ويمتنع على القاضي الجنائي الإستناد إليه في حكمه كدليل إدانة . طبقاً للقاعدة المستقرة في الفقه والقضاء الجنائي من أن ما بني على باطل فهو باطل . ولقد صرح المشرع المصري بذلك فقرر أن بطلان الإجراءات يتناول جميع الآثار التي تترتب عليه مباشرة .

كما لا يجوز أن يتخذ من مراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة وسيلة لاكتشاف الجرائم وضبط مرتكبيها لأن محل هذا هو جميع الإستدلالات بما يوصم هذه الأنون بالبطلان ويبطل الدليل المستمد من هذه الأنون فلا يعول عليه القاضي كدليل إدانة .

كما يشترط أن يصدر الإذن بالمراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة بناء على تحريات جدية وأن تقوم دلائل قوية ضد شخص معين بأنه

قام بارتكاب جناية أو جنحة معاقب عليها بالحبس مدة تزيد عن ثلاثة أشهر وقعت بالفعل وترجحت نسبتها إلى متهم معين حتى يصبح الإذن الصادر بالمراقبة والتسجيل صحيحاً في القانون ويمكن الإستناد إلى الدليل الناجم عن هذا الإجراء كدليل إدانة في الحكم الجنائي .

(نقض ١٩٨٣/١٢/٦
الطعن رقم ٣٥٥٦ لسنة ٥٣ ق) .

كما لا يصح إصدار الإذن بالمراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة لضبط جريمة مستقبلية لم تقع ولو قامت التحريات والدلائل الجدية على أنها ستقع بالفعل .

وبصفة عامة فإنه يشترط لصحة الأنون الصادرة بمراقبة المحادثات التليفونية والمحادثات الخاصة توافر كافة الشروط الشكلية والموضوعية التي يشترطها القانون لصحة الإذن الصادر من سلطات التحقيق بالفتيش الذي تجريه بمعرفتها .

أو تأذن بإجرائه في مسكن المتهم أو ما يتصل بشخصه .
بالإضافة إلى الضمانات

التي تنص عليها المادة (٩٥) من قانون الإجراءات الجنائية .

ويترتب على ذلك أنه يتعين على القاضى الجنائى ألا يثبت إدانة وعقاب المتهم إلا من خلال إجراءات مشروعة تحترم فيها الحريات وتؤمن فيها الضمانات التى رسمها القانون . ولا يحول دون ذلك أن تكون الأدلة صارخة على إدانة المتهم طالما كانت هذه الأدلة مشبوهة ولا يتسم مصدرها بالنزاهة واحترام القانون .

(نقض ١٩٨٠/١/٦)
س ٤٩ رقم ١١ ص ٥٨
مجموعة أحكام النقض) .

هذا بالنسبة لدليل الإدانة أما البراءة فيمكن أن تستند فيها المحكمة إلى دليل استمد من إجراء باطل وتطبيقاً لذلك قالت محكمة النقض المصرية بأنه :

« وإن كان من المسلم به .. أنه لا يجوز أن تبني إدانة صحيحة على دليل باطل فى القانون إلا أن تقرير هذا المبدأ بالنسبة لدليل البراءة أمر غير سديد لأنه لما كان من المبادئ الأساسية فى الإجراءات الجنائية أن كل متهم يتمتع

بقرينة البراءة إلى أن يحكم بإدانتته بحكم نهائى . وأنه إلى أن يصدر هذا الحكم له الحرية الكاملة فى اختيار وسائل دفاعه بقدر ما يسعفه مركزه فى الدعوى وما يحيط نفسه من عوامل الخوف والحرص والحذر وغيرها من العوارض الطبيعية لضعف النفوس البشرية . فقد قام على هدى هذه المبادئ حق المتهم فى الدفاع عن نفسه وأصبح حقاً مقدساً يعلو على حقوق الهيئة الإجتماعية . التى لا يغيرها تبرئة مذنب بقدر ما يؤنيها . ويؤذى العدالة معاً إذ أنه برىء . ولا يقبل تقيد حرية المتهم فى الدفاع عن نفسه باشتراط مماثل لما هو مطلوب فى دليل الإدانة .

نقض ١٩٦٥/١/٢٥ أحكام
النقض س ١٦ رقم ٢١
ص ٥٨٧ .

رأى الباحث فى هذه المسألة

ان النتيجة التى انتهينا إليها أن مراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة أصبحت بعد صدور المواد (٩٥) ، (٩٥) مكرر ، (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية إجراء مشروعاً . يمكن لسلطات التحقيق القيام به .

وفقاً للشروط والضمانات التى سبق إيضاها وبالتالى يمكن للقاضى الجنائى التعويل عليها كدليل إدانة .

ولكن لاحظنا أن طريقة تنفيذ هذه الأذون الصادرة بالمراقبة التليفونية والمحادثات الخاصة هى التى تؤثر فى قيمة الدليل المستمد من هذا الإجراء كدليل إدانة وفى دخول هذا الدليل إلى دائرة يقين القاضى الجنائى .

وقد تبين لنا بدراسة معظم القضايا التى قامت سلطات التحقيق بالاستعانة بهذا الأسلوب العلمى لظهور الحقيقة فى التحقيقات التى أجرتها والأحكام الصادرة من المحاكم المختلفة فى صدر هذه القضايا وأحكام محكمة النقض المصرية تبين الآتى :

أولاً : أن النيابة العامة بعد استصدارها إذن القاضى الجزئى المختص تندب أحد مأمورى الضبط القضائى لتنفيذ هذا الإذن وتنقطع صلتها بما يتخذ مأمور الضبط القضائى من إجراءات فنية لتنفيذ إذن النيابة ولا تبسط رقابتها على هذه الإجراءات مع أنها صاحبة الولاية الأصلية فى هذا الأمر .

ثانياً : أن النيابة العامة لا تطلع على الشرائط (الكيان المادى) التى تحفظ فيها المحادثات التليفونية التى أذنت بمراقبتها قبل قيام مأمورى الضبط القضائى بالتسجيل .

ثالثاً : أن الشرائط التى تستخدم فى تسجيل المحادثات - الكيان المادى - تظل منذ البدء فى المراقبة التليفونية حتى تقديمها للنيابة العامة بعيدة عن سيطرة سلطات التحقيق . غير معلوم مكان حفظها . مما يجعلها عرضة للتلاعب والعبث بها وهى الكيان المادى للدليل خاصة وأن التقدم العلمى الحديث قد أظهر تفوقاً كبيراً فى عمليات المونتاج أى تركيب الأصوات والكلمات والإضافة إليها ومحو جزء منها الخ .

مثال ذلك ما أذيع من خلال إذاعة إسرائيل أثناء وعقب حرب ١٩٦٧ من تسجيلات بصوت الرئيس الراحل جمال عبدالناصر عبارة عن تصريحات خطيرة لم تصدر منه وتعين أن الفنيين بإذاعة إسرائيل وفى جهاز المخابرات - الموساد - قاموا

بعمل مونتاج لخطب الرئيس الراحل جمال عبدالناصر تؤدى المعنى الذى أذيعت به أثناء وعقب حرب ١٩٦٧ م .

رابعاً : أن الأجهزة الميكانيكية التى يركب عليها الشرائط لتسجيل المحادثات لم تصل حتى الآن إلى تحديد الوقت الذى تمت فيه المحادثة المسجلة . حتى يمكن مطابقة ما جاء بهذه المحادثات مع الوقائع والظروف والإجراءات التى تمت فى الدعوى بمعرفة رجال الضبط القضائى . أو حتى يمكن مطابقتها مع الأدلة الأخرى المطروحة أمام القاضى . ولا يمكن بهذا الأسلوب معرفة ما إذا كانت هذه المحادثات قد سجلت فى وقت سابق أو لاحق على صدور الإذن بالمراقبة .

خامساً : أن الأشخاص الفنيين المساعدين لرجال الضبط القضائى فى تنفيذ عملية المراقبة ليسوا مؤهلين تأهيلاً علمياً كافياً للقيام بمثل هذه الأعمال . وأنهم خاضعون لرئاسة رجال الضبط القضائى وتحت سيطرتهم مما يعدم الثقة فى العمل الذى يقومون به مما يضعف من قيمة الدليل

المستمد من هذه التسجيلات .

لذلك نرى حتى يصبح الدليل المستمد من المراقبة التليفونية والتسجيلات الخاصة ذات قيمة تضافى على الدليل المستمد من هذه التسجيلات قوة فى الإثبات الجنائى ويمكن الاستناد إليها كدليل إدانة فى الحكم الجنائى .

أولاً : يجب تعديل نص المادة (٩٥) ، (٢٠٦) من قانون الإجراءات الجنائية بحيث يحدد المشرع الحد الأقصى للمدة أو المدد التى يمكن أن تراقب فيه محادثات الشخص أو تسجل عليه متى توافرت الشروط والضمانات الأخرى . لأن ترك المسألة بدون تحديد لا يخلو من الإفتئات على حق الأفراد فى حياتهم الخاصة ويتناقض مع التكيف الذى أقرت فى قضاء النقض بمساواة المراقبة التليفونية والتسجيل بأعمال التفتيش لأنه لا يجوز أن يصدر إذن التفتيش مطلقاً غير محدود ويتعارض أيضاً مع كون هذا الإجراء استثنائى .

ثانياً : أن يكون تنفيذ الإذن الصادر بمراقبة المحادثات التليفونية والتسجيلات الخاصة تحت سيطرة سلطات التحقيق

سيطرة فعلية لا شكلية وأن يكون إشراف سلطات التحقيق على القائمين على أعمال المساعدات الفنية إشرافاً حقيقياً .

وقد يرد علينا بأن العمل الذى يقوم به رجال المساعدات الفنية هو عمل مادى وأنه لا يمكن تكليف رجال النيابة العامة بالإشراف الفعلى على هذه الأعمال حتى يتفرغوا تماماً لأعمال التحقيق الابتدائى بالمعنى القانونى .

وردنا على ذلك أن قيام النيابة العامة بالإشراف الفعلى والحقيقى على تنفيذ الأنون من الناحية الفنية يعطى قيمة حقيقية وقانونية لهذا الإجراء - مراقبة المحادثات - والدليل المستمد منه . ويضفى عليه قوة فى الإثبات الجنائى ويبيعه عن الشكوك والطعون التى توجه إليه .

وبالإضافة إلى أن المصلحة العامة التى تهدف إليها سلطات التحقيق هو كشف الحقيقة وتضييق الخناق على مرتكبى الجرائم حماية للمجتمع والأفراد . لذلك نرى أن يلحق رجال المساعدات الفنية بوزارة العدل ومكتب

الخبراء وأن يصدر من السيد النائب العام قرار بندب أحد السادة رؤساء النيابة العامة للإشراف على غرفة المساعدات الفنية . ويكون ذلك بصفة دورية وأتصور أن يكون العمل بهذه الغرفة - المساعدات الفنية كالاتى - أنه عند صدور إذن النيابة العامة بعد استئذان القاضى الجزئى المختص ونذب النيابة لأحد مأمورى الضبط القضائى لتنفيذه - يتوجه الأخير إلى الغرفة المختصة للمساعدات الفنية ويقوم بالتعاون مع العاملين بها من تنفيذ الإذن تحت إشراف السيد رئيس النيابة المنتدب لهذا العمل . وعند انتهاء التسجيلات يرسل الشريط المسجل إلى النيابة العامة المختصة القائمة بالتحقيق فى موضوع الإذن . وبذلك يطمئن القاضى إلى ما جاء بهذه الأشرطة من أحاديث له أن يأخذ بها وهو على يقين من عدم حدوث تلاعب بها .

ثالثاً : ينبغى إطلاع أعضاء النيابة العامة على الأشرطة الخام قبل التسجيل عليها . للتأكد من عدم وجود أحاديث مسجلة قبل الحصول على إذن القاضى الجزئى والنيابة

العامة ويمكن أن يفتح وكيل النيابة المحقق الشريط ببصمة صوته بما يفيد اطلاعه على الشريط وعدم وجود تسجيلات سابقة وتاريخ وساعة صدور الإذن .

رابعاً : أن يرشح للعمل بالمساعدات الفنية أفراد على مستوى عال علمى وأدبى - وأن يختاروا بدقة - وأن يؤدوا اليمين القانونية على أداء عملهم بأمانة وصدق والمحافظة على الأسرار التى تصل إليهم نتيجة عملهم .

خامساً : أن تزود غرفة المساعدات الفنية بأحدث الأجهزة الميكانيكية المتقدمة . بحيث يمكن تحديد وقت كل محادثة بدقة .

وأخيراً

« ويؤكد ما انتهيت إليه فى هذا البحث - الحكم الصادر من محكمة النقض المصرية فى إحدى القضايا التى شغلت رأى العام المصرى والأجنبى . وهو الحكم الصادر فى القضية رقم ٨٧٦ لسنة ٥٨ قضائية بتاريخ ٨ يونية سنة ١٩٨٨ - المعروفة باسم (قضية الصناعة) غير منشور -

قالت المحكمة في شأن تسجيل المحادثات التليفونية الآتى :

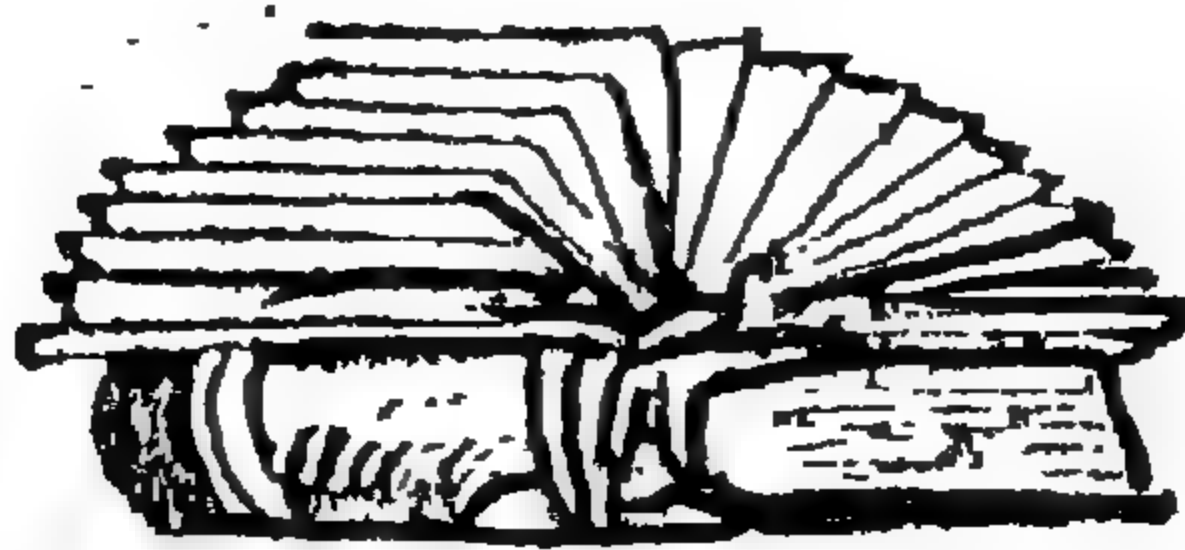
« ولما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد أ طرح الدليل المستمد من التسجيلات الهاتفية في قوله (وقد راعت المحكمة عندما قررت الإلتفات عن هذه التسجيلات برمتها أنها استمعت إلى هذه التسجيلات بجلسات المحاكمة ووجدتها بحالة لا تدفع إلى الإطمئنان إليها . والثقة فيها .

وذلك لما احتوته من فراغات أو ضميتها المحكمة فى محاضر الجلسات . وما جاء بها من شوشرة وما تبين من أصوات غير عادية . تجعل المحكمة كما سلف لا تطمئن إلى هذه التسجيلات خاصة وأن التقدم العلمى يجعل من السهل التعديل فى التسجيل والإضافة إليه والمحو منه من السهولة بمكان . فإذا أضيف إلى ما سلف البيان أن الشرائط قد جاءت كلها خلواً من تاريخ التسجيل فيها بحيث يتعذر

تبيان متى كان التسجيل وترتيبه وهل كان ذلك سابقاً أو لاحقاً على صدور الإذن بالتسجيل وإذا أضيف أيضاً أن هناك أذن قد صدرت بالتسجيل لمن عدا المقدمة الأشرطة عنهم ولم تقدم الشرطة أياً من هذه التسجيلات رغم أن الإذن الصادر قد ألزمهم بتحرير محضر بالإجراءات وإذ تبين أن التسجيلات ظلت بعيدة عن يدى سلطة التحقيق لفترة طالت أم قصرت بحيث لم تكن

منذ لحظة انتهاء التسجيل فى حوزتها وتحت سيطرتها وإذ تبين أيضاً أن غير سلطة التحقيق قد تستمع إلى الأشرطة وقام بتفريغها بل وكان التفريغ مختلفاً عما استمعت إليه المحكمة . الأمر الذى تطرح به المحكمة هذه التسجيلات جانباً وتلتفت عنها . ولا تعيرها دليلاً فى الدعوى . أما وقد فعلت فإنه يصبح غير ذى موضوع كل ما استهدف هذه التسجيلات

من دفع (ولما كان ذلك وكان من المقرر أن العبرة فى المحاكمات الجنائية هى باقتناع قاض الموضوع بناء على الأدلة المطروحة أمامه على بساط البحث بإدانة المتهم أو براءته . وكانت المحكمة قد أفصحت بأسباب كافية وسائغة عن علة إطراحها التسجيلات الهاتفية برمتها فإنه ينحسر عن الحكم قالة القصور فى التسبب والفساد فى الاستدلال . ولا يقدح فى ذلك ما ذهبت إليه النيابة العامة من أن الأمر كان يستوجب على المحكمة قبل أن تطرح التسجيلات الاستعانة بأهل الخبرة بدعوى أن المسألة فنية صرف . ذلك بأن ما أورده المحكمة فى شأنها على السياق المقدم - لا يعدو أن يكون علماً عاماً لا تلتزم المحكمة ببيان الدليل عليه . ولعله كان يكون للطاعة وجهة لنعيتها بخطأ الحكم فى هذا الشأن لو أنها قدمت دليلاً يحمل الشك على أن المحكمة أخطأت فيما قالته فى هذا الخصوص .



المراجع

- ١ - نظرية البطلان فى قانون الإجراءات الجنائية .
رسالة دكتوراه - القاهرة ١٩٥٩ د / أحمد فتحى سرور .
- ٢ - الدكتور أحمد خليفة : مشروعية تسجيل الصوت فى التحقيق الجنائى .
مجلة الأمن العام ١ إبريل سنة ١٩٥٨ م .
- ٣ - الدكتور إدوار غالى الذهبى .
التعدى على سرية المراسلات - المجلة الجنائية القومية يوليو ١٩٦٦ .
- ٤ - الدكتورة أمال عثمان « الخبرة فى المسائل الجنائية » .
رسالة دكتوراه سنة ١٩٦٤ .
- ٥ - الدكتور سامى الحسينى « النظرية العامة للتفتيش » .
رسالة دكتوراه سنة ١٩٧٢ .
- ٦ - الدكتور رؤوف عبید « ضوابط تسبیب الأحكام الجنائية » .
- ٧ - الدكتور عادل غانم « الوسائل العلمية للكشف عن الجريمة - مشروعيتها وحجيتها » .
المجلة العربية للدفاع الاجتماعى عدد يناير ١٩٦٩ .
- ٨ - الدكتور محمود مصطفى « شرح قانون الإجراءات الجنائية » .
طبعة ١٩٦٤ م .
- ٩ - الدكتور بسر أنور على « الدفاع الشرعى - دراسة لمبدأ المشروعية » .
المجلة الجنائية القومية سنة ١٩٦٩ .
- ١٠ - الدكتور ممدوح خليل البحر « حماية الحياة الخاصة فى القانون الجنائى » .
رسالة سنة ١٩٨٣ م .
- ١١ - الدكتور هلالى عبدالله أحمد « النظرية العامة للإثبات فى المواد الجنائية » .
رسالة دكتوراه - القاهرة - طبعة ١٩٧٨ م .
- ١٢ - الدكتور سعيد عبداللطيف حسن « الحكم الجنائى الصادر بالإدانة » .
رسالة دكتوراه سنة ١٩٨٩ .
- ١٣ - الدكتور - محمد نكى أبو عامر « الحماية الجنائية للخريبات الشخصية » .
- ١٤ - الدكتور حسين محمود إبراهيم « الوسائل العلمية الحديثة فى الإثبات الجنائى » .
طبعة سنة ١٩٨١ م .
- ١٥ - مجموعة أحكام النقض - المكتب الفنى .
- ١٦ - الدكتور حامد راشد « الحماية الجنائية للحق فى حرمة المسكن » .

اثبات الجنسية

للسيد الأستاذ / د . هشام خالد
المحامى

أهمية المسألة :

يحتاج الفرد فى مواضع عديدة ، إلى اثبات تمتعه بجنسية دولة معينة ، أو عدم تمتعه بجنسية أخرى .

فإذا قامت السلطات المصرية بمحاولة لابعاد شخص معين ظنت أنه غير مصرى ، فهذا يحق للأخير اثبات تمتعه بالجنسية المصرية ، حفاظا على حق القرار فى الاقليم المصرى .

ومن شأن نجاحه فى اثبات مصريته ان يبقى فى مصر ولا يبارحها بحال . فى حين ان فشله فى اثبات تمتعه بالجنسية المصرية ، يؤدى بالضرورة إلى ابعاده عن الاقليم المعنى .

وعلى هذا الأساس تبدو أهمية الاثبات فى الموضوع المائل . وما يراد اثباته هنا ، هو الجنسية المصرية .

وقد تقوم وزارة الدفاع بمطالبة شخص معين ، قام

الظن لديها على كونه مصرى ، بالالتحاق بالجيش لأداء ضريبة الدم .

فهنا يحق للأخير ان يثبت للجهة المتقدمة ، عدم تمتعه بالجنسية المصرية وذلك لعدم الوفاء بالتزام ، لايفرضه القانون المصرى عليه .

فالثابت أن الخدمة العسكرية واجب على الوطنيين دون سواهم . فهنا تبدو أهمية نفى الجنسية المصرية عن الشخص المعنى .

وقد يعرض الأمر على القضاء ، ويثور التنازع بين الخصوم حول القانون الواجب التطبيق على علاقة معينة ، تشير قاعدة الاسناد المصرية بتطبيق قانون جنسية الشخص المعنى بصدها .

فقى هذا الفرض يثور التساؤل حول كيفية اثبات جنسية من سلف ذكره ، تمهيدا لتحديد القانون الواجب التطبيق

على العلاقة محل النزاع .

يبين لنا عما تقدم ، ان اثبات الجنسية أو نفيها ، أمران ، يمكن أن يعرضا أمام جهة الادارة فى بعض الفروض ، وأمام السلطة القضائية ، فى فروض أخرى . ولكن دراستنا المائلة لمسألة اثبات الجنسية ، سوف تقتصر أساسا على المسائل التى يثيرها الموضوع المعنى ، أمام جهات القضاء المصرى .

أما اثبات الجنسية المعنية ، أمام جهات الادارة المصرية ، فأمر ، يحتاج إلى دراسات خاصة ، حسب الجهة الادارية التى يراد الاثبات أمامها ، وسوف تقتصر الإشارة إليه فى المواضع اللازمة .

وأيا ما كان الأمر ، فالموضوع المائل ، يثير ثلاث مسائل :

أولا : محل الاثبات .

ثانيا : عبء الاثبات .

ثالثا : طرق الاثبات .

ونشرع الآن فى بيان
مضمون كل فكرة من الأفكار
المتقدمة ، كل على حدة .

الفصل الأول

محل الاثبات

- المقصود بمحل الاثبات
فى مادة الجنسية .

أ - محل الاثبات تصرف
قانونى .

ب - محل الاثبات واقعة
مادية .

ج - محل الاثبات واقعة
وتصرف .

المقصود بمحل الاثبات فى
مادة الجنسية :

يذهب الفقه الى القول ، بأن
الشخص المعنى ، لا يقوم
باثبات الحق الذى يتمسك به أو
بانقضائه ، بل هو يثبت
الواقعة التى انشأت حقه ، أو
التي أدت إلى زوال حق
معين ، يتمسك الغير به
ضده .

فمحل الاثبات ، أما أن
يكون واقعة أو تصرف . وفى
الحالين يرتب القانون أثرا
معينا على تحقق أي منهما .

فإثبات حدوث واقعة

مادية ، من شأنه ترتيب أثر
قانونى معين ، كما أن اثبات
حدوث تصرف قانونى ، من
شأنه ترتيب أثر قانونى معين
أيضا .

وإذا انتقلنا من القاعدة
العامية فى الاثبات إلى المجال
المائل ، لقلنا أن محل الاثبات
هنا إما أن يكون واقعة أو
تصرف ، أو الاثنين معا .

فالميلاد لأب مصرى ، كما
رأينا سبب موجب لكسب
الجنسية المصرية . فإذا أراد
الوليد أن يثبت تمتعه بالجنسية
المصرية استنادا إلى السبب
السابق ، فيجب عليه أن يثبت
أن والده متمتع بالجنسية
المصرية .

كما أن الزواج المختلط
سبب موجب لكسب الجنسية
المصرية ، بضوابط معينة .
فإذا أراد شخص معين الاستناد
إلى السبب السابق فى كسب
الجنسية فيجب عليه أن يثبت
عدة أمور منها القانونى ومنها
الواقعى .

ففى كل الأمثلة السابقة ،
يجب على الشخص المعنى ،
اثبات وقائع وتصرفات
معينة ، لا يمكن اثبات تمتعه
بجنسية معينة ، ولتكن

الجنسية المصرية .

وفى فروض أخرى ، يحق
للشخص المعنى اثبات واقعة
معينة أو تصرف قانونى ،
كان من شأنهما زوال الصفة
الوطنية عنه .

وبعد أن فرغنا من بيان
محل الاثبات ، نتصدى لبيان
عبء الاثبات .

الفصل الثانى

عبء الاثبات

- النص القانونى المنظم
للمسألة وأصوله التاريخية .

- مضمون المادة ٢٤ من
قانون الجنسية المصرى .

- الاتجاه الأول .

- الاتجاه الثانى .

- امتياز الادارة العامة
وأثره فى الاثبات .

- الحالة الظاهرة للشخص
وأثرها فى الاثبات .

- شهادة الجنسية وأثرها
فى الاثبات .

أ - تنص المادة ٢٩ من
قانون الجنسية المصرى

المصادر عام ١٩٥٨ على أنه :

«يقع عبء الاثبات فى

مسائل الجنسية على من يدعى

انه يتمتع بالجنسية المصرية أو يدفع بأنه غير داخل فيها .

وتجدر الإشارة إلى أن النص المتقدم ، يقترب كثيرا من نص المادة ٢٥ من قانون الجنسية المصري الصادر عام ١٩٥٠ . أما قانون الجنسية المصري الصادر عام ١٩٢٩ فلم يتعرض للمسألة المتقدمة ، على ذات النحو .

ومع ذلك ، فقد ذهبت المادة ٢٢ منه إلى أنه :

«كل شخص يسكن الأراضي المصرية يعتبر مصرية ويعامل بهذه الصفة إلى أن تثبت جنسيته على الوجه الصحيح» .

وقد استفاد الفقه الراجح ، من النص السابق ، أنه كان بمثابة قرينة قانونية تقررت لصالح الدولة المصرية ، بمقتضاها يحق لها أن تتعامل مع كل ساكن للأقليم المصري ، على أنه وطني . فإذا أراد شخص معين ، أن ينكر صفته المصرية ، فيجب عليه اثبات ذلك .

والأصل التاريخي لنص المادة المتقدمة ، هو قانون الجنسية العثماني . ومرجع ذلك ، هو أن المواطنين ، قد

اعتادوا على التمسك بصفاتهم الأجنبية في الدولة العثمانية ، لكي يستفيدوا من بعض الامتيازات المقررة للدول الممتازة . وكان المتقدمون يطلقون الادعاء بهدف الاستفادة من هذه الامتيازات . وازاء ذلك ، تم وضع النص المعنى في قانون الجنسية العثماني ، بحيث يجوز معه ، للدولة العثمانية ، اعتبار الشخص المعنى رعوية محلية ، ما دام الأخير ساكنا إقليم الدولة العثمانية . ومع ذلك ، فله حق نفى القرينة المتقدمة ، باثبات تمتعه بجنسية دولة أخرى .

ولذات الوضع السابق ، تم وضع المادة ٢٢ من قانون الجنسية المصري لعام ١٩٢٩ رعاية للمصلحة السابقة .

فقد كانت مصر تبيع بأشخاص ينتمون لدول ممتازة وكان هناك اشخاصا لا يعرف لهم جنسية . وقد اعتادوا ادعاء مصريتهم إذا كان ذلك في صالحهم ، مع ادعاء الصفة الأجنبية ، تمتعا بالامتيازات المعنية .

ومثل هذا الوضع خلق صعوبات جمة لدى الحكومة المصرية ، الأمر الذي دفعها

إلى نقل المادة سالفة البيان من قانون الجنسية العثماني .

وبهذه المثابة ، فإن الحكومة المصرية تعتبر كل من يوجد على الاقليم المصري ، مصرية ، ويحق لها بناء على ذلك الزامه بالتكاليف العامة التي يتحملها المصريون ، دون ان تلتزم الأخيرة . بعبء اثبات تمتع الشخص المعنى بالجنسية المصرية ، حيث يشق عليها ذلك ، ولأشك فالقرينة الواردة في المادة ٢٢ تفنيها عن العبء المتقدم .

ومع ذلك ، يحق للشخص المعنى ان يدفع هذه القرينة ، باثبات تمتعه بالجنسية الأجنبية لاحدى الدول الممتازة أو لخلافها من الدول .

أما إذا ادعى شخص معين ، تمتعه بالجنسية المصرية ، هنا يتعين عليه إقامة الدليل على دعواه ، حيث أنه لايفيد من القرينة الواردة المتقدمة ، ومقتضاها أن كل من يوجد في الاقليم المصري يعتبر مصرية ، لأن القرينة الأخيرة ، مقررة لصالح الدولة المصرية ، دون سواها ، رعاية للمصلحة العامة .

ومن هذا المنطلق ، ذهبت محكمة النقض المصرية في الحكم الصادر عنها بجلسة ٢٨ مارس ١٩٥٦ ، إلى أن قرينة الجنسية المصرية الواردة في المادة ٢٢ من قانون ١٩٢٩ هي «قرينة احتياطية مؤقتة بسبب الفرض الذي شرعت من أجله وهو افتراض الدولة ، الجنسية المصرية للساكنين بها الذين لم تثبت جنسيتهم الأجنبية أو المصرية كما أنها من جهة أخرى قرينة سلبية لأنها لا تمنح في مواجهة الافراد جنسية مصرية حقيقية لمن يدعى أنه مصري . إذ لا مناص عندئذ من أن يثبت المدعى الجنسية المصرية وذلك من غير أن تعتبر تلك القرينة سندا في الاثبات ، ودون أن تعتبر من قبيل القرائن المقررة لمصلحة من يدعى تمتعه بالجنسية المصرية» .

(تراجع مجموعة أحكام النقض ، السنة ٧ ، ص ٣٩٠ .)

ب - وقد نصت المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصري الحالي الصادر عام ١٩٧٥ على أنه :

«يقع عبء اثبات الجنسية

على من يتمسك بالجنسية المصرية أو يدفع بعدم دخوله فيها» .

ج - وقد نصت المادة ٢٩ من قانون الجنسية السوري على أنه :

«يقع عبء الاثبات في مسائل الجنسية على كل من يدعى أنه يتمتع بها أو يدفع بأنه غير متمتع بها» .

د - وتنص المادة ٢٠ من القانون الكويتي على أنه :

«عبء الاثبات يقع على من يدعى أنه يتمتع بالجنسية الكويتية» .

هـ - وتنص المادة ٣١ من القانون الجزائري للجنسية على أنه :

«يتحمل الاثبات في قضايا الجنسية كل شخص سواء كان بواسطة الدعوى أو عن طريق الدفع يدعى هو نفسه أو شخص آخر بأنه يحمل أو لا يحمل الجنسية الجزائرية» .

و - وتنص المادة ٣٠ من القانون المغربي للجنسية على أنه :

«يتحمل الاثبات في قضايا الجنسية لدى المحاكم العلية كل شخص يدعى الجنسية

المغربية لنفسه أو لغيره أو ينكرها كذلك بدعوى أصلية أو عن طريق الدفع» .

ز - وتنص المادة ٥٩ من قانون الجنسية التونسية على أنه :

«على من يدعى أنه تونسي أو غير تونسي سواء بطريق القيام بدعوى أصلية أو بطريق الدفع أثناء نشر قضية ، ويكون هذا العبء على من ينازع شخصا في جنسيته التونسية بنفس الطرق وكانت لذلك الشخص شهادة فيها سلمت له طبق أحكام الفصل ٦٣ وما بعده من هذه المجلة» .

وتجدر الإشارة في المقام المائل ، إلى أن بعض التشريعات العربية ، لم تتصد لتنظيم مسألة اثبات الجنسية ، بنصوص خاصة ، تاركة الأمر للقواعد العامة في الاثبات . مثال ذلك القانون اللبناني ، العراقي ، الأردني ، السعودي ، العماني .

وتدعو الحاجة الآن ، إلى وضع تنظيم شامل لمسألة اثبات الجنسية ، نظرا لعجز القواعد العامة في الاثبات ، عن الوفاء بمتطلبات الاثبات في المادة الجنسية .

مضمون المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصري :

يبين لنا من نص المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصري أنها تطبق للقواعد العامة في مادة الاثبات ، والتي توجب على من يدعى شيئاً ان يثبته . فمن يدعى الجنسية المصرية عليه عبء اثباتها . كما أنه من يدعى عدم تمتعه بالجنسية المصرية ، عليه عبء اثبات ما يدعيه .

ولكن يدق الأمر ، إذا كان النزاع حول جنسية شخص آخر ، خلافاً لمن أثار النزاع . فقد يدفع (أ) وهو أحد الخصوم في دعوى مطروحة على القضاء ، أن خصمه (ب) يتمتع بجنسية معينة أو لا يتمتع بها . فهنا يثور التساؤل حول كيفية أعمال المادة ٢٤ من قانون الجنسية المصرية ، سائلة البيان .

هل نلزم من أثار النزاع بعبء اثبات ما يدعيه ، أم يناط أمر الاثبات هنا بالشخص محل النزاع ؟

فمن ناحية أولى :

يذهب البعض إلى أن الشخص الذي أثار النزاع حول جنسيته ، هو الذي يتحمل

عبء الاثبات هنا ، فهو الذي يتحمل عبء اثبات تمتعه بجنسية ما أو بعدم تمتعه بجنسية معينة .

وأساس هذا الاتجاه ، ان الشخص المعنى ، هو الذي بوسعه اثبات الجنسية المعنية . ومن ثم ، تم تحميله عبء الاثبات ، خلافاً للقواعد العامة في مادة الاثبات ولظاهر المادة ٢٤ ، والتي تفيد لأول وهلة ، ان من يدعى شيئاً يقع عليه عبء اثباته .

ومن ناحية ثانية :

يذهب اتجاه آخر من الفقه ، إلى التمسك باهذاب نص المادة ٢٤ ، مقررًا وجوب أعمال القواعد العامة في مادة الاثبات ، والتي تتوافق مع ظاهر نص المادة المتقدمة .

وعلى هذا الأساس ، فإن من أثار النزاع حول جنسية شخص معين ، يقع عليه عبء ، اثبات ما زعمه .

فإذا كان (أ) قد ادعى ان (ب) لا يتمتع بالجنسية المصرية ، وجب على (أ) إقامة الدليل المقرر قانوناً على عدم تمتع (ب) بالجنسية المصرية .

وإذا ادعى (أ) ان (ب) يتمتع بالجنسية المصرية ، وجب عليه إقامة الدليل المقرر قانوناً على صحة زعمه .

ويكاد يجمع الفقه المصري الراجح ، على الأخذ بالحل المتقدم .

والثابت ان فكرة حيازة الحالة ، قرينة على تمتع الشخص المعنى بالجنسية الوطنية . وعلى من يدعى خلافاً للظاهر ، ان يقيم الدليل على دعواه .

ومن يحمل شهادة جنسية ، صادرة عن وزارة الداخلية المصرية ، توجد قرينة في صالحه على تمتعه بالجنسية المصرية ، وعلى من يدعى خلافاً لذلك ، يقع عبء اثبات دعواه .

والقاء عبء الاثبات ، على من يدعى خلافاً للظاهر ، أمر يقوم على مبررات معقولة وعادلة .

فالأخير هو الذي أثار النزاع ، وهو صاحب المصلحة في اثبات ما يدعيه ، ومن ثم يجب تحميله بهذا العبء .

كما أن العدل يوجب ذلك ، وإلا كان من شأن الادعاء

المتقدم ، تحميل المدعى عليه بإعباء قد لا يطيقها ، لاسيما إذا كان المدعى مثير النزاع ، ليس له حق فيما يزعمه .

امتياز الادارة العامة وأثره في الاثبات :

إذا كان الثابت مما تقدم ، ان على من يدعى شيئا خلافا للظاهر ، يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه . فإن القاعدة المتقدمة ، إنما يتم أعمالها في نطاق علاقات الأفراد ، بعضهم بالبعض الآخر .

وعلى العكس من ذلك ، فالمعروف ان للادارة العامة ، امتيازات كثيرة ، تجعلها في مركز متفوق على الأفراد الخاصة .

وبموجب امتياز الادارة ، يحق لها أن تعامل شخصا معينا على أنه وطني ، ومن ثم تقوم بضمه لجيشها لأداء الخدمة العسكرية . كما أنها تستطيع ان تعتبر أخرا أجنبيا ، فتقوم بإبعاده من الديار المصرية ، لقيامه بأداء أمر موجب لذلك .

ويسمى البعض الوضع السابق ، بامتياز التنفيذ المباشر ، رغم عدم دقة هذا التعبير ، في الموضع المائل .

وأيا ما كان الأمر ، فالادارة العامة تقوم هنا بأعمال ما قد تراءى لها ، دون رجوع إلى القضاء المختص ، للحكم لها بما تدعيه ، من المعنى وطنيا ، أو أجنبيا .

والمفروض أن تهدف الادارة من الاجراءات السابقة ، المصلحة العامة . فإذا انحرفت عن هذا الهدف حق للفرد الحصول على التعويض المناسب عن الضرر الذي ألحق به من جراء تعسف الادارة في استخدام الامتياز سالف البيان قبله .

وفي كل حال يحق للشخص المعنى أن يلجأ إلى القضاء مطالباً إياه ، إلغاء القرار الصادر من جهة الادارة باعتباره وطنيا حال كونه أجنبيا . أو باعتباره أجنبيا حال كونه وطنيا .

ويسرى البعض ، أن أساس الامتياز السابق ، والذي قرره التشريع لجهة الادارة ، صعوبة قيامها باثبات تمتع الشخص المعنى بالجنسية الوطنية ، حال طلبه لأداء الخدمة العسكرية ، أو صعوبة قيامها باثبات جنسيته الأجنبية ، حال قيامها بإبعاده عن الديار المصرية .

وتجدر الإشارة ، إلى أن الامتياز السابق ، يتم أعماله في علاقة الفرد بجهة الادارة خارج مجلس القضاء .

أما داخل مجلس القضاء ، فالمساواة بين الفرد والادارة أمر لازم ولاشك .

الحالة الظاهرة للشخص وأثرها في الاثبات :

قلنا من قبل أن من يدعى أمرا خلافا لما هو ثابت ظاهرا ، يقع عليه عبء اثبات ما يدعيه . فإذا كان ظاهر الحال ، يكشف عن ان شخصا معينا مصريا ، فإن من يدعى خلافا لذلك ، يقع عليه عبء اثبات ادعاءاته .

ولكن يثور التساؤل ، عن الامارات التي يستدل بها على أن الحالة الظاهرة لشخص معين تفيد أنه مصري .

يذهب الفقه الراجح إلى أن دلائل وأمارات الحالة الظاهرة ، تكمن في ثلاث أمور أساسية :

أ - الاسم .

ب - الشهرة .

ج - المعاملة .

أ - فمن يحمل اسما من الأسماء التي اعتاد المصريون

التسمى بها ، يعتبر مصرياً .

ومثال الاسماء المعنية :
أحمد ، محمد ، إبراهيم ،
على ، اسماعيل ، اسحاق ،
ميخائيل ... الخ .

وعلى خلاف ذلك ،
فالاسماء الاعجمية غير
المعتادة في مصر ، لاتفيد
تمتع حاملها بالصفة الوطنية ،
اعمالاً لقاعدة الحالة الظاهرة .

ويقصد بالاسماء المعنية
هنا : جان ، جاك ،
اندرسون ، لاجادر ، كارثر ،
جونسون .. الخ .

فظاهر الحال ، ان من
يتسمى بأى من الاسماء
المتقدمة ، يفيد عدم اعتباره
مصرياً ، إلى أن يثبت
العكس .

ب - كذا ، فإن من اشتهر
عنه الصفة الوطنية ، تنهض
في صالحه حالة الظاهرة ،
مقتضاهما تمتعه بالصفة
الوطنية ، إلى أن يثبت
العكس ..

ج - وأفضلاً عما تقدم ،
فإن من يعامل معاملة
الوطنيين ، تنهض في صالحه
أيضاً قرينة على تمتعه بالصفة
الوطنية ، اعمالاً لقاعدة الحالة
الظاهرة .

فمن يلتحق بالجيش
المصرى يعتبر ظاهراً من
المصريين . ومن يرفض
تجنيدده رغم تحقق الشروط
اللازمة لذلك ، يعتبر أجنبياً ،
ظاهراً .

ومن القرائن المعنية هنا :
حمل جواز سفر مصرى ، أو
بطاقة انتخابية مصرية ، أو
شغل وظيفة عامة في مصر ،
مقصورة عن الاجانب .

ففى جميع هذه الأحوال ،
يكون ظاهر الحال ، تمتع
الشخص المعنى بالجنسية
المصرية .

والحالة الظاهرة ، تعتبر
قرينة قضائية ، يترشد بها
القاضى المصرى ، حال
عرض المنازعة المعنية عليه
للحكم فيها . ويختلف هذا
الوضع عما هو سائد فى
فرنسا ، حيث تعتبر الحالة
الظاهرة قرينة قانونية ،
لايحيد القاضى عنها ، إلا إذا
قام منكرها ، باثبات عدم تحقق
أى سبب من الأسباب الموجبة
لكسب الجنسية الفرنسية فى
حق الشخص المعنى (حائز
الحالة الفرنسية) ، وهو أمر
بالغ الصعوبة .

شهادة الجنسية وأثرها فى
الاثبات :

شهادة الجنسية ، هى وثيقة
مكتوبة ، صادرة عن وزارة
الداخلية المصرية ، تفيد تمتع
حاملها بالجنسية المصرية .

وقد نصت المادة ٢١ من
قانون الجنسية المصرية على
أنه :

«يعطى وزير الداخلية كل
ذى شأن شهادة بالجنسية
المصرية مقابل أداء رسم لا
يجاوز خمسة جنيهات وذلك
بعد التحقق من ثبوت
الجنسية ، ويصدر بتحديد
الرسم قرار من وزير
الداخلية .

فالشهادة السابقة لها حجيتها
القانونية ، حيث تقبل حاملها
من عبء اثبات تمتعه
بالجنسية المصرية ، وتوجب
على من يدعى خلافاً لذلك ،
اقامة الدليل على صحة
ادعاءاته .

وتجدر الإشارة ، إلى حق
وزارة الداخلية فى الغاء
الشهادة المتقدمة بموجب قرار
مستتب يصدر عنها فى هذا
الصدد ، اعمالاً للفقرة الثانية
من المادة ٢١ سالفة البيان .

كما يحق لكل صاحب مصلحة ، إقامة الدليل على قيام الشهادة المتقدمة ، على اعتبارات غير واقعية ، على النحو الذى ينتهى بالقضاء ، إلى الحكم بعدم تمتع الشخص المعنى بالجنسية المصرية ، خلافا لما اثبتته الشهادة المتقدمة .

وقد أكد القضاء المصرى النظر السابق ، فحكم بأن «شهادة وزير الداخلية لا تكسب الجنسية المصرية خلافا لحكم القانون ، فهى مجرد قرينة بنسيطة» .

(محكمة القضاء الادارى ، جلسة ١٩٥٠/٦/٢٠ ، ص ٤ ، ص ٩١٤) .

كما حكم بأن «الجنسية المصرية إنما تثبت بحكم القانون لمن تتوافر فيه احدى الحالات التى نص عليها قانون الجنسية ، والمحكمة هى المختصة أخيرا بالفصل فى ذلك دون أن تنقيد بشهادة وزير الداخلية» .

(نقض مصرى ، جلسة ١٩٥٢/١٠/٢٨ ، ص ٤ ، ص ٥١) .

(نقض مصرى ١٩٧٠/٥/٢٠ ، ص ٢١ ،

ص ٨٧٣) .

وفضلا عن ذلك ، حكم بأن شهادة الجنسية «ليست حجة قاطعة فى اثبات الجنسية وانما هى دليل قابل لاثبات عكسه أمام القضاء الذى فى النهاية حق الفصل فى قيمة هذه الشهادة» .

(محكمة القضاء الادارى ، ١٩٥٤/١١/١٦ ، ص ٩ ، ص ٢٨) .

ولاينال من حق القضاء فى نقض ما جاء فى شهادة الجنسية ، ما قد يفيد ظاهرا المادة ٢١ ، والذى ذهبت إلى أن للشهادة المتقدمة حجية قانونية «ما لم تلغ بقرار مسبب من وزير الداخلية» .

(محكمة القضاء الادارى ، جلسة ١٩٥٤/١١/١٦) .

فيجب ان تفهم المادة المتقدمة ، على أنها تبين الطريق الادارى الذى يتم بموجبه الرجوع عما قرره هذه الشهادة . فمن الطبيعى أن يتم العدول عن مضمون الشهادة من ذات الجهة التى أصدرتها أى وزارة الداخلية ، على أن يكون قرر العدول مسببا .

ومرجع الغاء الشهادة

المتقدمة ، قد يكون كذب أو تزوير بعض البيانات المقدمة من ذوى الشأن فى هذا الصدد .

وقد يكون مرجع الالغاء ، زوال الجنسية المصرية عن حامل الشهادة ، إذ طرأ ذلك بعد صدورها .

وقد يرجع الغاء الشهادة ، إلى صدور حكم من القضاء ، يفيد عدم ثبوت الجنسية المصرية للشخص المعنى ، أو زوالها عنه بعد أن ثبتت له .

ويحق لوزير الداخلية الغاء شهادة الجنسية ، حتى بعد فوات المواعيد المقررة لسحب القرارات الادارية ، حسبما توجد القواعد العامة فى هذا الصدد .

ومع ذلك ، يجب أن يكون القرار الصادر من وزير الداخلية بالالغاء مسببا فى كل حال .

وأساس هذا النظر ، هو منح الطمأنينة للأفراد المعنيين ، حيث تؤكد الأسباب المعنية لهم ، عدم أحقيتهم فى حمل شهادة الجنسية .

هذا إلى أن الأسباب الواردة فى قرار الالغاء ، هى التى

سيقوم القضاء بمراقبتها ،
للتأكد من صحتها أو عدم
صحتها .

ففي الحالة الأولى ، سوف
يرفض القضاء طلب الغاء
القرار الصادر بالالغاء . وفي
الحالة الثانية ، سوف يتم الغاء
القرار ، لعدم قيامه على
أسباب سليمة . ومن هنا تبدو
أهمية تسبيب قرارات الالغاء
في هذا المقام .

وفي الحالة التي يرفض
فيها ، منح شهادة الجنسية
لطالبها ، سواء تم ذلك ،
صراحة أو ضمنا ، فإنه يكون
لصاحب الشأن حق المنازعة
في جنسيته أمام الجهات
المختصة ، فيكون له أن يطعن
في قرار رفض طلب الشهادة
أمام القضاء الإداري وحينئذ
تطرح مسألة الجنسية أمام هذا
القضاء ، فإذا تمكن الشخص
من اثبات جنسيته قضى بالغاء
القرار ، ويكون على وزير
الداخلية تنفيذاً للحكم الصادر
بالغاء قرار الرفض ، أن
يعطي شهادة الجنسية .

الفصل الثالث

طرق الاثبات

أولا : اثبات الصفة
الوطنية .

أ - اثبات الجنسية بالدليل
المعد .

- الادلة المقبولة ..

- الادلة المستبعدة .

- جواز السفر .

- شهادة الميلاد .

- شهادة التجنيد .

- البطاقة العائلية .

- البطاقة الشخصية .

- السجل التجاري .

- اقرارات الضرائب .

ب - اثبات الجنسية بالدليل
غير المعد .

- الجزاءات الجنائية

المقررة حال تقديم بيانات
كاذبة .

ثانيا : اثبات الصفة
الأجنبية .

أ - اثبات عدم تواجد
الشخص المعنى في إحدى
حالات الجنسية المصرية .

ب - إثبات الشخص
المعنى زوال الجنسية
المصرية عنه .

ج - إثبات تمتع الشخص
بجنسية أجنبية معينة .

أولا - إثبات الصفة الوطنية

نشير من البداية ، مع الفقه
الراجح ، أن هناك ثمة طرق
في الاثبات ، لا يمكن اللجوء

إليها في المقام المائل ،
والمقصود بذلك :

أ - الشهادة .

ب - اليمين .

ج - الاقرار .

ويذهب البعض إلى أن تلك
الأدلة غير منتجة في المقام
المائل ، حيث لا يحق للمرء
أن يصطنع دليلا لنفسه لأثبات
جنسيته .

والقول المتقدم ، بحالته
هذه ، يعيبه عدم الدقة في
التعبير . فشهادة الشهود على
أقل تقدير ، لا يمكن أن تعتبر
بمثابة دليل مصطنع . لهذا
يفضّل القول ، بأن الأدلة
المتقدمة ، غير مناسبة ، في
مادة الجنسية .

ومع ذلك ، يمكن أن تكون
البينة إحدى العناصر المكونة
للعقيدة القاضية في هذا المقام ،
عند الفصل في المنازعة
المعنية .

(المحكمة الإدارية العليا
المصرية - جلسة ، ١٠
١٩٦٤/١/٢٨ ، مجموعة ١٠
سنوات ، ١٩٥٥ ، ١٩٦٥ ،
ص ٤٢٦) .

مع ذلك ، تجدر الإشارة
إلى أن المادة ٢١ من قانون
الجنسية الكويتي ، قد أجاز

التعويل على شهادة الشهود كوسيلة لإثبات الجنسية الكويتية .

وأيا ما كان الأمر ، فإن إثبات الجنسية ، قد يكون بدليل معد سلفا ، وقد لا يكون كذلك . وسوف نقوم الآن ببيان حكم كل حالة على حدة .

أولا : إثبات الجنسية بالدليل المعد :

ويقصد بالدليل المعد في هذا المقام : شهادة الجنسية ، قرار التجنس ، قانون التجنس ، المعاهدة أو الاتفاقية المقررة للجنسية ، الحكم القضائي المقرر للجنسية .

وقد ذهبت المادة ٣٣ من قانون الجنسية الجزائري إلى أنه :

« في حالة ما إذا كانت الجنسية الجزائرية مكتسبة بموجب مرسوم فيجب أن تثبت بتقديم نظير المرسوم أو نسخة منه . وفي حالة ما إذا كانت مكتسبة بمقتضى معاهدة ، فيجب أن يتم الإثبات طبقا لهذه المعاهدة » .

وقد ذهبت المادة ٣٦ من قانون الجنسية الجزائري إلى أنه :

« يتم في كل الحالات ، إثبات تمتع الشخص بالجنسية الجزائرية أو عدم تمتعه بالأدلاء بنسخة من القرار الصادر عن السلطة القضائية التي تثبت فيه نهائيا وبصورة أساسية » .

وتذهب المادة ٦٢ من قانون الجنسية التونسي ، إلى أنه :

« كل أمر صادر بالتجنس بالجنسية التونسية أو بفقدها أو بإسقاطها أو بسحبها أو بمعارضة الحكومة في اكتسابها يقع إثباته بالأدلاء أما بنسخة منه مطابقة للأصل أو بعدد الرائد الرسمي للجمهورية التونسية الذي أدرج به ومتى تعذر الأدلاء بتلك الوثائق فإنه يمكن الاستعاضة عنها بشهادة يسلمها لكل من يطلبها كاتب الدولة للعدل وتشهد بوجود تلك الأمر » .

وتنص المادة ٣٥ من قانون الجنسية المغربية على أنه :

« إن إثبات تمتع شخص بالجنسية المغربية أو عدم تمتعه بها يمكن في أي حالة من الأحوال أن يتم بالأدلاء بنسخة من المقرر القضائي الذي بث في المسألة نهائيا

باعتبارها دعوى أصلية » .

وتجدر الإشارة أن الشخص المعنى ، يمكنه أن يقدم أي مستند من المستندات السابقة لإثبات تمتعه ، أو عدم تمتعه بالجنسية المعنية .

كما أن للغير حق تقديم أي منها ، إذا ما دعت الحاجة إلى ذلك ، وبوسعه الحصول عليها من وسائل النشر القضائية والقانونية أيا ما كان نوعها .

فالأحكام القضائية يتم نشرها في هذا الصدد ، كما أن قرارات التجنس يتم نشرها أيضا ، رعاية لمصلحة الأغيار .

ونظرا لعدم وجود تنظيم تشريعي في مصر ، لمسألة إثبات الجنسية ، فيجب الرجوع والأمر كذلك إلى المبادئ العامة في الإثبات .

كذا يحق لنا دعوة القائمين على العمل ، إلى الأفادة في الأحكام السابقة التي تبنتها التشريعات العربية ، بحسبانها تطبيقا خاصا ، للمبادئ العامة في الإثبات في الموضع المائل .

يبقى علينا أن نشير في النهاية ، إلى أن :

١ - جوازات السفر ، لا تعد من قبيل الأدلة المعدة لاثبات الجنسية ، كما هو الحال بالنسبة للأمور السابقة .

وقد أرست هذه القاعدة محكمة القضاء الإداري في مصر ، في حكمها الشهير الصادر في ١٩٥٢/٥/٢٧ ، حيث قررت أن الجنسية المصرية تمنح في حدود معينة نص عليها القانون ومجرد الحصول على جواز سفر مصري لا يدل على أن حامله مصري الجنسية .

(مجموعة مجلس الدولة لأحكام القضاء الإداري ، ص ١٠٨٣) .

كما ذهبت ذات المحكمة في حكم آخر بجلستها المنعقدة في يوم ١٩٥٢/١١/٢٤ ، في الدعوى رقم ٨٨١ / ٥ قضائية إلى أنه :

« لا محل لما ذهب إليه المدعى من أن القرار المطعون فيه جاء مجافيا للقانون إذ أنه صدر بعد أن كان قد حصل على جواز سفر مصري في ١٩٥٠/٧/٢٣ وهو لا يعطى إلا للمصريين ، لا محل لذلك إلا إذا زعم المدعى أنه بموجب هذا الجواز يكون قد حصل على

الجنسية المصرية ، وهو زعم لا سند له إذ تبين من الأوراق أن المدعى وهو رعية بريطانية لما يدخل الجنسية المصرية لعدم اعتراف وزير الداخلية بذلك . فالوثيقة الإدارية الوحيدة للاعتراف لشخص بالجنسية المصرية هي شهادة من وزير الداخلية .

(مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري ، ص ٧ ، ص ٤٥) .

وقد أكدت المحكمة المتقدمة قضائها السابق ، في العديد من الأحكام الصادرة عنها ، من ذلك :

أ - الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٥٣/١/٢٠ ، في الدعوى رقم ٨٩ / ٦ قضائية .

ب - الحكم الصادر بجلسة ١٩٥٣/٣/٣٠ ، في الدعوى رقم ٦٩٥ / ٤ قضائية .

ج - الحكم الصادر في ١٩٥٣/١٢/٨ ، في الدعوى رقم ١٥٩٢ / ٥ قضائية .

د - الحكم الصادر في ١٩٥٤/٣/٢٩ ، الدعوى رقم ٦/٥١٥ قضائية .

(راجع في ذلك مجموعة

الأحكام الصادرة عن محكمة القضاء الإداري المصرية على التوالي ، س ٧ - ص ٣٤٧ ، س ٧ . ص ٥٨٤ ، س ٧ - ص ١٠٧ ، ص ٨ ، ص ١١٠٠) .

والاتجاه السابق ، قد اعتنقه القضاء في لبنان في العديد من الأحكام . كما أن محكمة النقض العراقية (التمييز) قد اعتمدته في الحكم الصادر عنها في هذا الصدد بجلسة ١٩٦٠/١٠/١٧ .

٢ - كما أن شهادات الميلاد لا تعتبر من قبيل الأدلة المعدة لاثبات الجنسية المصرية .

وهذا ما أكدته القضاء الإداري المصري في العديد من الأحكام الصادرة عنه .

فقد ذهبت محكمة القضاء الإداري في الحكم الصادر عنها بجلسة ١٩٥٤/١١/٢ ، إلى أنه :

« إن الجنسية لا تخلق بمجرد الحصول على أو شهادة الميلاد ، وكل أولئك لا تعدو أن تكون قرائن أو وسائل اثبات » .

(الدعوى رقم ٧/١٣٥٢ قضائية ، مجموعة أحكام

محكمة القضاء الإداري ، س ٩ ، ص ٨ .

وقد كان هذا القضاء ، تأكيداً لما سبق أن قرره ذات المحكمة في حكمها الصادر بجلسة ١٩٥١/١٢/١٨ ، في الدعوى رقم ٥/٢٥١ قضائية .

(مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري ، س ٦ ، ص ١٧٥) .

٣ - كما لا تعتبر شهادات التجنيد ، من قبيل الأدلة المعدة سلفاً لاثبات الجنسية المصرية :

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري المصرية ، في حكمها الصادر في ١٩٥١/١٢/١٨ ، وقد سلفت الإشارة إليه ، حيث قررت ما نصه :

«شهادة المعاملة بالقرعة العسكرية لا تعتبر دليلاً كافياً على الجنسية المصرية كما لا تفهض دليلاً عليها تجنيد أخوة المدعى» .

٤ - وفضلاً عما تقدم ، لا تعتبر المستندات الدالة على الإقامة بمثابة دليل معد ، لاثبات الجنسية المصرية .

وهذا ما أكدته محكمة القضاء الإداري ، في حكمها الصادر في الطعن رقم ٦/٥٠٧ قضائية ، كذا حكمها الصادر في الطعن رقم ٦/١٣٩٠ قضائية .

(راجع مجموعة أحكام محكمة القضاء الإداري ، س ٧ - ص ١٦٣٧ ، س ٨ - ص ٤٧٩ ، على التوالي) .

٥ - كذا ، لا تعد البطاقات العائلية والشخصية والسجل التجاري وقرارات الضرائب ، بمثابة أدلة معدة لاثبات الجنسية المصرية .

ومصادقاً لهذا النظر ، ذهبت محكمة القضاء الإداري المصرية ، في حكمها الصادر بجلسة ١٩٦٥/١٢/٢٨ في القضية رقم ٢٠/٥٩ قضائية ، إلى أن :

«المرجع في ثبوت الجنسية هو أحكام القوانين التي تنظم الجنسية وليس إلى ما يرد في أوراق حتى ولو كانت رسمية ، ما دامت غير معدة أصلاً لاثبات الجنسية وصادرة من جهات غير مختصة ، إذ ما ثبت في هذه الأوراق هو في الواقع ما يمليه صاحب الشأن دون أن تتحرى الجهات

الإدارية حقيقة أمرها ، كما هو الشأن بالنسبة لما يثبت في شهادات الميلاد وبطاقة الحالة الشخصية أو العائلية والسجل التجاري وقرارات الضرائب إذ ليست أي من هذه الأوراق معدة لاثبات الجنسية وإن كانت حالة ظاهرة وهذه الحالة ليست لها حجية قطعية» .

وقد اعتمد القضاء اللبناني ، النظر السابق ، حسبما هو ثابت في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف ، بجلسة ١٩٤٩/١١/٣٠ ، كذا الحكم الصادر عن محكمة بداية بيروت ، بجلسة ١٩٤٧/١١/١٨ .

(راجع : النشرة القضائية لعام ١٩٥٠ ، ص ١٤٤ - ذات المرجع السابق ، ١٩٤٨ ، ص ١١٠) .

كما أن القضاء الأردني ، قد اعتمد النظر السابق ، في عدة أحكام صادرة عن محكمة العدل العليا ، في الطعوم أرقام ١٩٧٢/١٢٠ ، ١٩٧٢/٩٥ ، حيث ذهبت المحكمة إلى أن إعطاء جوازات سفر أردنية ، مالمه إلا قرينة على حمل الجنسية الوطنية ، يمكن

تقويضها باقامة الدليل -
المخالف .

ثانيا : اثبات الجنسية
بالدليل غير المعد :

وهنا ، يجب اثبات الواقعة
الموجبة لكسب الجنسية .

وبهذه المثابة ، إذا كان
الزواج ، هو السبب الذى أدى
إلى اكتساب الجنسية ، فيجب
اثبات تمتع الزوج المعنى ،
بالشروط اللازمة لاكتسابه
الجنسية المصرية ، بموجب
زواجه .

فمن هذا المنطلق ، إذا
ادعت امرأة ما ، أنها قد
اكتسبت الجنسية المصرية عن
طريق زواجها من مصري ،
فهنا يجب عليها ، ان تقيم
الدليل على :

أ - قيامها بالزواج من
مصري ، عن طريق تقديم
شهادة الزواج .

ب - أنها قد قامت باعلان
وزير الداخلية برغبتها فى
اكتساب الجنسية المصرية .

ج - أنه قد مر عامان على
هذا الأعلان ، دون أن يصدر
ثمة قرار من الوزير المعنى ،
برفض هذه الرغبة .

والأمور المتقدمة ، هى

الأمور التى يتعين اكتساب
الجنسية بموجبها ، إذا ما ثبت
تحققها .

واثبات أى عنصر من
العناصر المتقدمة ، لا يفيد
بذاته ، تمتع الشخص المعنى
بالجنسية المصرية . ولكن إذا
اجتمعت الأدلة السابقة ، أمكن
القول بأن الشخص المعنى
يتمتع بالجنسية المصرية ،
بموجب السبب المتقدم
(الزواج من مصرى) .

- ولا يفوتنا فى النهاية :

الإشارة أن القانون قد
يفرض ثمة جزاءات جنائية ،
حال تقديم الشخص المعنى ،
لبينات كاذبة ، كان من شأنها
اضفاء الصفة الوطنية أو
الأجنبية عليه ، دون وجه
حق .

ومن هذا المنطلق ، ذهبت
المادة ٢٧ من قانون الجنسية
المصرى ، إلى أنه :

«مع عدم الاخلال بأية
عقوبة أشد تنص عليها قوانين
أخرى ، يعاقب بالسجن مدة لا
تتجاوز خمس سنوات كل من
أبدى أمام السلطات المختصة
بقصد إثبات الجنسية له أو
لغيره أو بقصد نفيها عنه أو
عن غيره أقوالا كاذبة أو قدم

إليها أوراقا غير صحيحة مع
علمه بذلك .

ومثل هذا الجزاء قد قرره
المشرع الكويتى فى المادة ٢١
مكرر ب ، والمضافة بموجب
القانون ١٩٧٢/٣٠ ، التى
تنص على أنه :

«كل شخص أدلى ببيانات
غير صحيحة إلى الجهات
الإدارية المختصة بتحقيق
الجنسية الكويتية أو اللجان
المشكلة لهذا الغرض سواء
لأثبات الجنسية الكويتية لنفسه
أو لغيره أو لتسهيل كسبها طبقا
لأحكام هذا القانون ، سواء
حصل الأدلاء شفاها أو كتابة ،
ولم يثبت أنه بذل جهدا معقولا
للتأكد من صحة ما أدلى به ،
يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن
ثلاث سنوات وبغرامة لا
تتجاوز مائتى دينار أو باحدى
هاتين العقوبتين . فإذا كان قد
أدلى بالبيانات سالفة الذكر مع
علمه بعدم صحتها كانت
العقوبة الحبس مدة لا تتجاوز
سبع سنوات ويجوز ان تضاف
إليها غرامة لا تتجاوز خمسمائة
دينار .

ويدعو جانب من الفقه
المصرى ، المشرع
المصرى ، وغيره من
المشرعين العرب ، إلى الأخذ

بالحكم المتقدم ، وعدم
الاقتصار على تطبيق الأحكام
العامة المقررة في قانون
العقوبات المصري وغيره من
قوانين العقوبات العربية ،
بالنظر لما لمادة الجنسية من
أهمية بالغة ، سواء بالنسبة
لل فرد أو للدولة .

ثانياً - اثبات الصفة الأجنبية :

إذا قامت السلطات
المصرية ، بمطالبة شخص
معين بأداء الخدمة العسكرية ،
بحسبانه مصرياً ، ورأى
الأخير أنه غير متمتع
بالجنسية ، حينذاك :

يحق له اثبات عدم تمتعه
بالجنسية المصرية على
الاطلاق .

كما يحق له اثبات زوال
صفته الوطنية عنه بعد أن كان
متمتعاً بها .

وفي النهاية يحق له إثبات
تمتعه بجنسية أجنبية معينة ،
محاولة لنفي الصفة الوطنية
عنه . مع العلم بأنه في الحالة
الأخيرة ، يكون الأمر متعلقاً
بقريضة بسيطة قابلة لاثبات
العكس ، لأن تمتع الشخص
بالجنسية الأجنبية المعنية ، لا
يجول تمتعه بالجنسية

المصرية ، إذا ما تحقق في
شأنه السبب الموجب لكسبها ،
بحيث استمر ل حين مطالبة
السابقة .

وقد أكد القضاء اللبناني
ذلك ، في بصيرة نافذة ، حيث
ذهبت محكمة التمييز اللبنانية
في حكمها الصادر بجلسة
١٩٦٥/٥/١٩ إلى أنه لا يكفي
اثبات فقد الجنسية اللبنانية عن
طريق اثبات الشخص تمتعه
بجنسية أجنبية .

(النشرة القضائية ،
١٩٦٥ ، ص ٤٠٢) .

وبهذه المثابة ، يحسن أن
يقوم الشخص المعنى ، باثبات
عدم دخوله في الجنسية
المصرية اطلاقاً ، أو بزوال
هذه الأخيرة عنه ، بعد أن كان
داخلاً فيها .

ففي الحالتين المتفتمتين ،
تثبت صفته الأجنبية بيقين .
وسوف نقوم الآن ببيان
مضمون كل حالة على حدة .

أولاً - اثبات عدم تواجد
الشخص المعنى في إحدى
حالات الجنسية المصرية :

وهنا يكون على الشخص
المعنى والذي تخاطبه ،
السلطات العامة المصرية
بوصفه وطنياً ، أن يقيم الدليل

القانوني ، على عدم تحقق أي
سبب من أسباب كسب الجنسية
المصرية في جانبه .

ولا يخفى على أحد ،
الصعوبات التي تواجه
الشخص المعنى ، بصد
الاثبات هنا ، نظراً لكونه
سلبياً .

فإذا علمنا ، بأن أسباب
كسب الجنسية المصرية
متعددة ، بعضها يتعلق
بالجنسية الأصلية ، وبعضها
الآخر ، يتعلق بالجنسية
المكتسبة ، لا دركنا ، مقدار
العناء ، الذي يواجه الشخص
المعنى ، حال قيامه باثبات
عدم تحقق أي سبب من
الأسباب المتقدمة في حقه .

وقد قدر البعض ، أن
الوضع السابق ، «ينطوي على
تعسف ، لأنه يحمل الناس مالا
طاقة لهم (ب) ويوقعهم في
حرج شديد ، لأنهم أن فشلوا
في الاثبات وهذا هو الراجح ،
لثبتت لهم الصفة الوطنية ،
على نحو يخالف صحيح
الواقع والقانون .

ومن هذا المنطلق ، تظهر
أهمية فكرة الحالة الظاهرة في
هذا المقام .

فإذا كان ظاهر الحال ، يفيد

أن الشخص المعنى لا يتمتع بالصفة الوطنية (المصرية) ، لوجب اعمال هذه القرينة لصالحه ، وعلى من يدعى خلافا لذلك ، اثبات العكس ، أى صفته المصرية .

وإذا كان ظاهر الحال ، يشهد على أنه وطنى ، فهنا يتحتم عليه ، اثبات العكس ، أى عدم تمتعه بالصفة المصرية فى يوم من الأيام .

والضرورة هى التى دفعت الفقه إلى تقرير هذا الحكم فى الموضوع الأخير ، خلافا للمسألة الأولى ، والتى يقال فيها الشخص المعنى من عبء الاثبات السلبى .

ثانياً - اثبات الشخص المعنى زوال الجنسية المصرية عنه :

وهنا يقوم الشخص المعنى ، باثبات زوال الصفة الوطنية (المصرية) عنه ، بعد أن كان متمتعاً بها .

وكما بينا من قبل أن اثبات تمتع الشخص بالصفة الوطنية ، قد يكون عن طريق الدليل المعنى ، وقد يكون عن طريق الدليل غير المعنى . فيها أيضاً ، يمكن لمنكر الصفة الوطنية ، تقديم الدليل

المعنى على تحقق السبب الذى أدى إلى زوال الصفة المصرية عنه .

فإذا كان مرجع فقد الصفة المصرية هو التجريد ، فيحق للشخص المعنى ، تقديم القرار الإدارى الصادر عن السلطة المختصة فى مصر ، والذى يفيد تجريده من الجنسية المصرية .

كذا ، فى مقدور الغير فى الفرض السابق ، أن يقدم الجريدة الرسمية المصرية ، التى حوت القرار الذى بموجبه تم تجريد الشخص المعنى من جنسيته المصرية .

وإذا كان قانون الجنسية المصرية ، لم يحو نصاً يفيد الأحكام المتقدمة ، فإن المبادئ العامة فى القانون المصرى ، توجب الأخذ بها .

وعلى العكس من ذلك ، فقد نصت بعض التشريعات العربية ، لتقنين الأحكام ، سائلة البيان :

أ - فقد نصت المادة ٣٥ من قانون الجنسية الجزائرى ، على أنه :

«يثبت فقدان الجنسية الجزائرية بالأدلاء بالوثيقة

المتضمنة للفقدان أو بنسخة رسمية منها . وإذا كان الفقدان ناتجاً عن التصريح بالتخلى عن الجنسية فإن الفقدان يتم بالأدلاء بشهادة من وزير العدل تثبت أن التصريح بالتخلى قد وقع عليه بصورة قانونية ، كما يثبت التجريد من الجنسية الجزائرية بالأدلاء بالوثيقة التى أعلنت أو بنسخة رسمية منها .

ب - وقد نصت المادة ٣٦ من القانون المتقدم على أنه :

«ومن كل الحالات يمكن اثبات عدم تمتع الشخص بالجنسية الجزائرية بالأدلاء بنسخة من القرار الصادر عن السلطة القضائية التى بثت فيه نهائياً وبصورة أساسية» .

ج - وقد حذى المشرع التونسى والمغربى ، ذات الحزو ، حسيماً هو ثابت فى المواد ٦٢ من قانون الجنسية التونسى ، والمادتين ٣٤ ، ٣٥ من قانون الجنسية المغربى .

ففى الحالات المتقدمة ، تم اثبات زوال الجنسية المعنى ، عن طريق تقديم القرار الإدارى المثبت لذلك ، أو الجريدة التى تم نشره فيها أو

الحكم القضائي الذي أفاد زوالها .

والأمر يتعلق في الفروض السابقة بدليل معد سلفا ولكن قد لا يكون هذا الدليل متوافرا ، وفي هذا الفرض ، يتعين على الشخص المعنى ، إقامة الدليل الذي يوسع ، على تحقق السبب الموجب لزوال الجنسية المصرية عنه .

فإذا كان السبب الموجب لفقد الجنسية المصرية هو زواج المواطنة المعنية بأجنبي ، فيجب على الأخيرة إقامة الدليل على كافة الوقائع التي استلزم المشرع المصري تحققها لزوال الجنسية المصرية عنها .

وإذا كان هدف الشخص المعنى في الفروض السابقة ، هو نفي الصفة الوطنية عن نفسه ، تخلصا من الأعباء التي تدعوه الدولة المصرية لتحملها .

فعلى العكس من ذلك ، ففي فروض أخرى يكون مسعى الشخص المعنى هو اثبات انتمائه إلى دولة معينة تحقيقا لهدف معين ، مثل تطلعه بامتياز معين ، تقرر

اتفاقية دولية مبرمة بين مصر والدولة التي ينتمى إليها الشخص المعنى .

فهنا تكون بحق بصدد ، اثبات الصفة الأجنبية ، وسوف نبين في السطور التالية ، أحكام الاثبات ، بصدد هذه الحالة الأخيرة .

ج - اثبات تمتع الشخص بجنسية أجنبية معينة :

إذا ما ادعى شخص معين أمام القضاء المصري ، تمتعه بالجنسية الليبية أو السورية ، توصلا لتطبيق القانون المعنى على أهليته ، هنا يجب على هذا الأخير إقامة الدليل على ذلك ، حسبما يتطلب قانون الدولة ، التي يدعى انتمائه لها .

وأعمال قواعد القانون المصري في هذا الصدد ، إنما يحقق نتائج غاية في الشذوذ ، حيث يؤدي ذلك إلى اسباغ الصفة السورية على مواطن لا يتمتع بها على الإطلاق ، نظرا لعدم دخوله في إحدى الحالات التي يجعلها القانون السوري ، سببا موجبا لكسب الجنسية السورية ، أو نظرا لعجزه عن تقديم الدليل المقرر قانونا هناك في سوريا .

ونسبة شخص معين ، لدولة معينة ، خلافا لما يقرره قانون هذه الدولة ، يشكل عدوانا على سيادة الأخيرة .

فإذا أردنا التثبت من تمتع شخص معين بالجنسية الليبية مثلا ، فيجب علينا الرجوع إلى القانون الليبي ، كذا القرارات الإدارية والأحكام الكاشفة للجنسية .

بل يجب كذلك ، أن يراجع القاضى المصرى الاتجاهات التى تسير عليها جهة الإدارة المختصة هناك فى الدولة المعنية ، كذا أحكام القضاء المعنى الصادر فى مادة الجنسية ، سيما بخصوص الحالات النظيرة .

ومع ذلك ، فهناك بعض الآراء المعارضة للاتجاه المتقدم ، حيث تأثرت بالفكرة القائلة بأن القانون الأجنبى يعد عنصر من عناصر الواقع ، الأمر الذى انتهى بها إلى جواز اثبات تمتع الشخص المعنى بالجنسية الأجنبية بكافة وسائل الاثبات ، رعاية للاعتبار السابق .

ويجاب على الاتجاه المتقدم ، أن تطبيق قانون الدولة التى يدعى الشخص

المعنى انتماؤه إليها ، لم يتم بموجب قاعدة اسناد ، فى قانون القاضى المصرى ، وإنما انصياعا لأحكام القانون الدولى فى هذا الصدد ، والتي توجب احترام ارادة كل دولة فى تحديد الأشخاص المنتمين لها برابطة الجنسية .

وفى ضوء ذلك ، يجب الفصل فى مسألة مدى تمتع الشخص بجنسية الدولة التى يعنها ، فى ضوء الأحكام الموضوعية فى قانونها ووسائل الاثبات المقررة فى هذا الأخير .

ومع ذلك ، يرى الفقه ، ان للقاضى المصرى ، حق عدم الاعتراف بالجنسية الأجنبية المعينة ، رغم ثبوتها وفقا للقانون الذى يقرها ، إذا كانت الأخيرة قائمة على أسس غير جدية ، أو إذا كانت مبنية على غش نحو القانون ، أو مخالفة للنظام العام فى مصر ، وذلك وفقا للتفصيل التالى .

فقد رفضت محكمة السين المدنية ، بموجب حكمها الصادر فى ١٣/٧/١٩١٥ ، الاعتراف بالجنسية البرازيلية المفروضة بمقتضى القانون الصادر فى البرازيل بتاريخ ١٩٨٩/١٢/٤ ، والسذى

بموجبه تم اصفاء الجنسية البرازيلية ، على كافة الأشخاص الذين كانوا موجودين فى البرازيل فى يوم ١٩٨٩/١١/١٥ .

فهنا لم يتم الاعتراف باقانون المتقدم ، لقيامه على أسس غير واقعية وجدية ، فى فرض الجنسية البرازيلية على القائمين هناك حال صدوره .

وعلى أثر ذلك ، نرى أنه يجب على القاضى المصرى ان ينبه على الشخص المعنى ، بعدم تمتعه بالجنسية المعينة والتي تمسك بها ، وأنه يلزم تعديل طلباته ، بحيث يتمسك بجنسية جديدة ، وإلا حق للأخير اعتباره عديم الجنسية ورتب على ذلك الآثار القانونية المعروفة فى هذا المقام .

وهكذا ، سوف يستمر عمل القاضى المصرى ، حتى يتوصل إلى الجنسية الحقيقية للشخص المعنى ، أو يعجز عن ذلك ، بحيث ينتهى إلى اعتبار الأخير عديم الجنسية .

وإذا كان الحصول على جنسية معينة قد تم بقصد الغش ، فالأثر الذى يجب على القاضى المصرى ان يرتبه

على ذلك ، هو عدم الاعتراف بالجنسية المعينة ، بخصوص المسألة التى تم الغش بمناسبتها .

ويجب عليه فى هذا الفرض ، ان يطبق قانون الجنسية السابق على اكتساب الجنسية المعينة ، والتي لايس اكتسابها غش .

أما ما عدا ذلك من أمور ، فيجب اخضاعها لقانون الجنسية ، التى يتمسك بها الشخص المعنى ، ما دامت هناك رابطة جدية بين الدولة التى صدرت عنها الأخيرة ، وبين الشخص المعنى .

يبقى علينا أن نشير ، إلى أنه إذا حصل شخص معين على جنسية أجنبية بطريق الغش ، هنا يحق للقاضى المصرى ، عدم الاعتراف بهذه الأخيرة ، ما دام طريق الطعن فيها أمام قضاء الدولة التى أصدرتها ، ما زال قائما .

أما إذا انغلق باب الطعن هناك ، فيجب على القاضى المصرى الاعتراف بهذه الجنسية ، رغم ما شاب اكتسابها من غش ، ما دامت الدولة المعينة قد اعتدت بها ،

وعاملت حاملها ، بوصفه وطنيا .

لدينا الآن مشكلة أخيرة في هذا المقام ، تتعلق بما سبق أن قرره الفقه ، حول حق القاضي المصري ، في عدم الاعتداد بقانون الجنسية الأجنبية ، الذي يتمسك به الشخص المعنى ، حال تعارض هذا القانون ، مع النظام العام في مصر .

وأساس هذا النظر ، أن القائلين بذلك ، يريدون الإفادة من القاعدة المقررة ، في مادة التنازع والتي تذهب إلى تقرير

حق القاضي الوطني ، في استبعاد القانون الأجنبي المعنى ، إذا ما كان الأخير مخالفا للنظام العام في مصر ، نزولا عما تقرره المادة ٢٨ من القانون المدني المصري .

وقد بينا منذ قليل ، عدم جدوى استعارة منهج التنازع في هذا المقام ، وذلك عند الحديث عن مسألة مشابهة ، هي مدى اعتبار قضية اثبات الجنسية الأجنبية ، مسألة واقع أو قانون .

ونفس الأمر الذي انتهينا إليه آنفا ، يجب أعماله في

المقام المائل ، تحقيقا للانسجام المطلوب في أية دراسة علمية .

وعليه ، نسارع إلى القول ، بأن حق القاضي المصري في عدم الاعتداد بالقانون الأجنبي المخالف للنظام العام في مصر ، لا يقوم استنادا ، إلى المادة ٢٨ مدني مصري ، بل على العكس من ذلك ، فإنه يعمل قاعدة دولية ، توجب استنادا الجنسية ، إلى رابطة جدية فعالة بين الدولة والفرد المعنيين .

المحاماة مهنة الشرف ...

نحن أقرب الناس إلى الحق والعدالة ، وهذا فخرنا وشرفنا ، ويشرفنا أن يكون الشرف مهنة لنا ...

من أقوال المغفور له الأستاذ الجليل النقيب مصطفى البرادعي

الجريمة السياسية

للسيد الدكتور / عبد الوهاب محمد عمر البطاراوى
المحامى

المقدمة

لقد عرف الانسان الجريمة السياسية منذ ان عرف السلطة لا كتعبير سياسي ولكن كقوة ضاغطة أيا كان نوعها تلك التي وجدت مع ظهور الانسان على مسرح الوجود ، وكانت عقوبتها اشد هولاً من أية عقوبة أخرى . وكانت التقاليد عند القدماء المصريين تقضي بأن يدافع أول ما يدافع الانسان عن نفسه امام محكمة أوزوريس (إله الموت) بأنه لم يسيء الى السلطة في حياته لكي يطمئن على راحته في مماته^(١) . ولعل من قول بتاح حوتب الى ابنه تأكيداً على هذا المعنى فيقول :-

انحني امام من فوقك وامام رئيسك حتى يستمر بيتك مفتوحاً ولا تعصيه فإن عصيان من بيده السلطة شر مستطير^(٢) ونفس الموقف في بلاد الرافدين حيث عرفت الجريمة السياسية باسم [الخيانة]^(٣) وعقوبتها وفقاً

لقوانين مرسومة . وكذلك في وادي النيل في العصر الفرعوني^(٤) . وإن سميت باسمها المعاصر [الجريمة السياسية] فكانت تسمى في العصر الفرعوني بجريمة المرهبين من [الارهاب]^(٥) . وهذا مايدل على ان بلاد الرافدين كانت اكثر تقدماً من غيرها^(٦) . وجاء العصر الرومانى الذى سيطرت فيه روما على ثلاثة ارباع المعمورة الارضية^(٧) . فكانت تسمى بجريمة (المساس بالعظمة) وان كان الاساس في بناء تلك الجريمة فى روما حماية الدولة والشعب معاً^(٨) .

وجاء الاسلام في القرن السادس الميلادى واسماها بجريمة البغي^(٩) . وبنائها على أسس اجتماعية أي لحماية المجتمع ، ومن هنا أدرجت الجريمة ضمن جرائم الحدود وان اخذ بشخصية المجرم السياسي في مجال التجريم والعقاب لدرجة يمكن معها

القول بأن الاسلام يوائم فى تلك الجريمة بين الاتجاهين الاجتماعى والفردى على السواء .

وفى القرون الوسطى توسعت التشريعات توسعاً وافرطت افراطاً وتشددت تشدداً فى هذا المجال حيث كانت عقوبة الاعدام هى الأكثر استخداماً لأرهاب المرهبين وذلك لكل من يمس الدين أو السياسة ولم تقف تلك المسؤولية على شخص المجرم بل تتعداه الى نويه أصولاً كانوا أو فروعاً^(١٠) حيث قامت الكنيسة بسبغ طابع اللاهوية على الحكام الزمنيين وبالتالي يعتبر كل قول أو رأى أو فعل انما يشكل اعتداء على حقوق الله ومن ثم جرم الاجتهاد فهو وسيلة لحدية الرأى وبالتالي المناقشة^(١١) .

وتفتت تلك التشريعات فى التكيل بالمجرم السياسى عن طريق وسائل تنفيذ عقوبة الاعدام حيث كانت تربط

أطراف المتهم على أربعة أحصنه ثم تضرب تلك الأحصنة في وقت واحد ليتجه كل منها الى اتجاه عكس الآخر فيقطع جسد المتهم إرباً^(١٢). ثم قامت الثورة الفرنسية كرد فعل عكسي لموقف تلك التشريعات المتخاذل من قضايا الانسان الأوربي، لتلبس المجرم السياسي حلة أكثر تهدياً ولياقة^(١٣) فاعتدت بشخصيته الى حد بعيد وذلك عن طريق الاعتراف بدور الباعث النبيل الذي دفع هذا المجرم الى ارتكاب جريمة وبالتالي بدأت تترفق في عقوبته ومعاملته ايضاً حيث أصبح يعتبر مجرمًا عقائدياً أو صاحب فكرة أو حامل كتاب.

ومع بداية القرن العشرين وتغيير الظروف السياسية بفعل الحروب العالمية وما صاحبها من ثورات وانفجارات داخلية. نما المجرم السياسي من جديد فهو الذي يعيش مطمئن الفكر هاديء الضمير في أوقات السلم والاستقرار، ثم ينمو نمواً غريباً في أوقات المحن والأزمات^(١٤).

حيث اتجهت العديد من

التشريعات المعاصرة الى مسايرة التيارات الجديدة الرامية الى التشدد في مجال التجريم والعقاب بالنسبة الى المجرم السياسي^(١٥) معتمدة في ذلك على أن الجريمة السياسية انما هي اخطر الجرائم قاطبة هكذا دون اعتداد بالباعث عليها سواء كان شريفاً أو دنيئاً.

وان كانت بعض تلك التشريعات المعاصرة تحاول ان توائم بين هذين الاتجاهين حماية المجتمع وحماية حقوق وحرريات المواطنين في هذا المجال فأخذت في تحديد الجريمة السياسية بالمعيار العام والفردى على السواء.

ونهدف من وراء هذا البحث فضلاً عن تجميع احكام تلك الجريمة بالقوانين المقارنة المساهمة ولو بجزء يسير في المحاولات المبذولة اليوم لتحقيق التوازن المنشود بين الاتجاه العام المتعاضم من جانب والاتجاه الفردي المتضامن من جانب آخر وذلك دون افراط أو تفريط. فالأفراط لصالح الفرد هو الفوضى والافراط لصالح المجتمع هو الاستبداد. وكلا الامرين رذيلتين^(١٦).

ونتعرض الى هذا الهدف من خلال مبحثين تسبقهما مقدمة وتلحقهما خاتمة.

المبحث الأول :

تعريف الجريمة السياسية ومعاييرها وقسمناه الى أربعة مباحث :-

المطلب الأول :- المعيار الشخصي.

المطلب الثاني :- المعيار الموضوعي.

المطلب الثالث :- المعيار المزدوج.

المطلب الرابع :- الفائدة القانونية للفرقة بين الجريمة السياسية والجريمة العادية.

المبحث الثاني :-

يختص بموقف التشريعات المعاصرة من الجريمة السياسية.

المبحث الأول

تعريف الجريمة السياسية ومعاييرها

من المتعذر وضع تعريف للجريمة السياسية جامع مانع في مكان وزمان معينين وذلك سبب (الصفة) التي تقترب بها كلمة الجريمة فالجريمة

مفهومها ثابت ومستقر في كل زمان ومكان بينما صنفها [السياسية] هي التي تتغير الزمان وتتبدل بتبدل الحكام وذلك تبعاً لتدرج الحاجات وتطور المصالح سواء على المستوى الداخلي^(١٧) ، أو الخارجي^(١٨) .

ولا نعتقد ان هناك أمل لوضع تعريف ثابت ومستقر لتلك الجريمة ، فالיום فيها المزالق كبيرة وأمامها العثرات كثيرة والقباض على الروح العلمية فيها كالقباض على الجمر لهذا وغير ذلك إختلفت التشريعات المعاصرة (محلية كانت أو دولية) في هذا المجال .

«معيار الجريمة السياسية»

لقد مرت التفرقة بين الجرائم السياسية والجرائم العادية على ثلاثة معايير وان كانت تلك المعايير تشكل حلقات متتابعة ، تمهد الاولى منها للثانية والثانية للثالثة وكل معيار منها يمثل حقبة زمنية معينة بما يسودها من ظروف سياسية وما إستقر عليها من أوضاع اجتماعية فجاءت الجريمة السياسية وهي تحمل بصمات تلك الافكار . فقد

بدأت فكرة التمييز بين المجرم السياسي والمجرم العادي على اثر قيام الثورة الفرنسية حيث اتجهت التشريعات الى التمييز بينها وفقاً للمعيار الشخصي للمجرم ثم نما على اثره المعيار الموضوعي ، وحالياً اتجهت التشريعات المعاصرة الى المعيار التوفيقى [المزدوج] التي تحاول بمقتضاه الموازنة بين حماية المجتمع من جانب وحماية حرية الرأي والتعبير من جانب آخر بمعنى أدق بين جسامة الاضرار المترتبة على الجريمة الجدية [الجانب المادي] ومدى نبل الباعث وشرف المقصد [الجانب الشخصى] وتعرض الى تلك المعايير وتقديرها لكل منها تبعاً حسبما يلي :

المطلب الاول

«المعيار الشخصى» [الباعث]

هو أقدم المعايير والذي يفضل المشرع بمقتضاه بين الجريمة السياسية وسائر الجرائم العادية فالباعث الشخصى للجاني هو الذي يعتد به وحده دون مآمورية بطبيعة الحق المعتدى عليه أو بجسامة الجريمة المادية ويستند انصار

هذا الاتجاه على ان المجرم السياسي ذو دوافع^(١٩) نبيلة وأهداف راضية خلافاً للمجرم العادي الذي يندفع الى جريمته بدافع اناني وأهداف دنيسة وبربرية . فالمجرم السياسي اما لا يبغى من جريمته تحقيق مآرب خاصة أو مصالح شخصية له أو لذويه أو بدافع الانتقام والتشفي من المجنى عليه فتلك طموحات المجرم العادي ولكنه يبغى من وراء ذلك تحقيق النفع العام والمصالح الاجتماعية .

فالاجرام السياسي وفقاً لرأي الانصار هو اجرام متطور تقدمي يتم عن دوافع الغيرة والإيثار [لا الاثرة] وإذا كان المجرم السياسي يدفع عجلة التاريخ الى الامام فالمجرم العادي يوقفها .

فالسياسي انن يمهّد الطريق الى الارتقاء بالذات الانسانية ومن ثم هو اجرام مذعوم وليس حقيقياً . اذ انه لا يستهدف سوى المساس بالنظام السياسي أو الاجتماعى لتعديله أو تبديله أو السير به قدماً^(٢٠) . وعييه انه [اي المجرم السياسي] يسبق الزمن ، فلو ترك الامر لحدث التغير تلقائياً لأنه لكل نظام

سياسي أو اجتماعي مرحلة لا يصلح الألفا .

تقدير المعيار الشخصي

إن هذا المعيار كان ولا يزال هو المبرر الوحيد الذي يدعو إلى ضرورة تمييز المجرم السياسي عن المجرم العادي في سائر الجرائم حتى ولو كانت واقعة على أمن الدولة الداخلي مادام هذا الأخير قد ارتكبها بدافع دنيء .

أي لتحقيق مصلحة خاصة لنفسه إلا أنه (أي الدافع) قد جاء كرد فعل عكسي لما كان سائداً في القرون الوسطى حيث اسرفت طبقة الحكام إسرافاً وافرطت افراطاً وتشددت تشدداً في مواجهة المجرم السياسي دون غيره^(٢١) . لهذا جاء الدافع بمثابة إنقلاب فكري على إثر الأنقلاب السياسي [الثورة الفرنسية] وكطبيعة الانقلابات التي تغير كل ما هو قائم سويماً كان أو غير سوي أصبح الاتجاه السائد هو الاتجاه الفردي أي رعاية وحماية الفرد دون ماموارة بمصالح المجتمع ككل فظهرت العديد

من المآخذ على هذا المعيار وقت ذلك :-

١ - أن الدافع هو في حقيقته ذو طبيعة نفسية ولتلك الطبيعة العديد من المساويء نذكر منها :-

أ - أن الدافع كمسألة نفسية إن أصبح ركناً من أركان الجريمة فيصيرها بالخلل فهو وإن صح يكون سبباً لتشديد أو تخفيف العقوبة وفقاً لمبدأ التفريد العقابي^(٢٢) وبالأولى لا يصح أن يكون معياراً يميز طائفتين من الجرائم ، وذلك لأن أية مسألة نفسية يكون إثباتها صعباً إن لم يكن مستحيلاً فتحن كرجال قانون نحكم على الظواهر والله عز وجل يتولى السرائر^(٢٣) .

ب - أن الاعتداد بالدافع النفسي كسبب لتخفيف العقوبة ومعاملة المحكوم عليه معاملة ممتازة من شأنه أن يحيل الغالب من الجرائم العادية إلى جرائم سياسية إذ يكفي أن يتذرع الجاني بأن باعثة سياسياً ، وهي نتيجة غير مقبولة ولا يمكن التسليم بها^(٢٤) . وإذا قيل إن الأمر يكون حيناً برجوع القاضي إلى

كل دعوى على حدتها^(٢٥) . فمن رأينا أن الرجوع إلى ذلك معناه الخوض في أعماق النفس البشرية وهذا من شأنه أن القاضي إذا وصل إلى الحقيقة المبتغاة مرة فسيظل عشرات المرات . هذا فضلاً على أنه [أي الدافع] يمنح القاضي أساساً قانونياً للتحكم وبهذا يكون المشرع المعاصر وقد إرتد إلى غياهب القرون الوسطى دون أن يدري^(٢٦) .

٢ - أن العمل بهذا المعيار على إطلاقه دون ما مواربة بمدى جسامته الجريمة المادية ووقوعها على المجتمع أصبح غير جديد بحماية المجتمع حماية فعالة لهذا (أو غير ذلك من المساويء) هجرته التشريعات المعاصرة وإن كان البعض يرى ضرورة العمل به^(٢٦) . وما يقال إن القانون الإيطالي لا زال يعمل به^(٢٧) . فردود عليه بأن هذا القانون إنما يعمل منذ صدوره عام ١٩٣٠ بالمعيار المزدوج حسبما سنرى في موضعه هذا البحث^(٢٨) .

المطلب الثاني

المعيار الموضوعي

نشأ هذا المعيار في ظروف

اجتماعية وسياسية تحتم وجوده ، فالمعيار السابق وقد فشل في تحقيق حماية اجتماعية فعالة حتى الانظمة الديمقراطية ذاتها وهي الحصن الحصين والحرز الحريز للمعيار الشخصي بدأت تتحول عنه مع بداية القرن العشرين وذلك بسبب طغيان الاتجاه الفردي ونكول الاتجاه الاجتماعي حيث ظهرت الأنظمة الاشتراكية التي ينبغي الموائمة بين هذين الاتجاهين من الجانب الاقتصادي وسرعان ما جاءت الحركات السياسية والصراعات الطبقيّة التي تحاول قلب الأنظمة السياسية القائمة مستغلة المعيار الشخصي كوسيلة للترفق اذا ما كبحت محاولاتها ، هادفة من ذلك تغيير أنظمة الحكم بما يتناسب مع مصالحها الاقتصادية^(٢٠) . فانتشرت ظاهرة الفوضوية انتشاراً استغرفت أوربا كلها أو تكاد^(٢١) . فزادت بصورة الاجرام السياسي ازياداً كبيراً وسرعان ما انتشرت في ربوع العالم كله^(٢٢) . لتجابه كل الانظمة السياسية الاقتصادية (ديمقراطية كانت أو دكتاتورية ، جمهورية كانت

أو ملكية ، اشتراكية كانت أو رأسمالية) وفي وسط تلك الظروف التي مهدت الى قيام حربين عالميتين [الاولى ١٩١٤ والثانية ١٩٣٦ بدأت الحكومات تجابه الجريمة السياسية بكل الوسائل^(٢٣) . وبهذا ارتدت الجريمة السياسية الى ما كانت عليه في العصور الوسطى مع الفارق ان المجرم السياسي كان يشكل خرقاً خطيراً لمصالح الطبقة الأقطاعية وهنا اصبح يشكل اعتداء على المجتمع بأسره^(٢٤) . فأخذت الجريمة مكانتها على خريطة القانون الجنائي بوصفها من اخطر الجرائم قاطبة^(٢٥) .

فجاءت التشريعات لتهجر المعيار الشخصي وتأخذ بمعيار جديد اسمته المعيار المادي أو الموضوعي وفحواه وفقاً لما صوره لنا الفقيه [أورتولات] في ثلاثة أسئلة اذا كانت الاجابة بنعم كانت الجريمة سياسية حسبما يلي :-

س/ هل وقع الضرر على الدولة مباشرة ؟
س/ هل وقع على حقوقها السياسية أو الاجتماعية ؟

س/ هل المقصود من عقاب المجرم حماية النظام السياسي أو الاجتماعي^(٢٦) .

وبهذا ضاق مجال الجريمة السياسية الى حد بعيد وجاءت الجهود الدولية^(٢٧) والمحلية وهي تقف إثر هذا الاتجاه ، فالجريمة لم تعد سياسية لمجرد توافر الدافع السياسي ولكن باعتبارها اعتداء على الدولة وعلى حق سياسي أو اجتماعي . وبالتالي استبعد من هذا المجال الجرائم الموجهة الى الحقوق المالية والاقتصادية كجرائم التهريب أو تبيد الاموال العامة وبالأولى اغتصاب تلك الأموال رغم ان الدولة هي المسؤولة عنها . وبهذا حكم القضاء الفرنسي^(٢٨) .

تقدير هذا المعيار

رغم ان هذا المعيار هو الأفضل إذا نظرنا الى الجريمة من زاوية اجتماعية الا انه وقد التصقت به بعض المآخذ منها :-

١ - انه جنح صوب الاتجاه الاجتماعي دون ما مواربة بعنصر الدافع الشخصي للمتهم^(٢٩) ومن ثم اصبح يسوي في مجال

التجريم بين متهمة ذو دوافع نبيلة وأخذ ذو دوافع دنينة^(٤٠). وبالتالي ساوى بينهما في المجال العقابي فأصبح الخائن لوطنه والمتآمر ضد سلامته والعميل للفاجر يعامل معاملة من يبغي لوطنه السلامة ولشعبه الاستقرار والتقدم.

٢ - لقد ترتب على هذا المعيار الموضوعي التضيق في مجال الجريمة السياسية بوجه عام حتى أصبحت دراستها وعدمها سواء هذا فضلاً على ان تطبيق هذا المعيار ادى الى التشدد في عقوبة المجرم السياسي عن المجرم العادي رغم البون الشاسع بين دوافع كل منها وتلك نتيجة غير مقبولة.

المطلب الثالث

المعيار المزدوج

لقد جنحت التشريعات المعاصرة عن كلا المعيارين الفائتين كل منهما على اطلاقه فلم تعبأ بالمعيار الشخصي على اطلاقه، حيث يفرط صوب حماية بالحقوق والحريات الفردية؛ ولم تعبأ بالمعيار الموضوعي وحده لافراطه صوب حماية

المصالح الاجتماعية. بل جمعت بين مزايا كلا المعيارين وهجرت ما يعيبهما محلولة بذلك الموائمة بين المصلحتين الفردية والاجتماعية على السواء.

وهذا اتجاه سليم فطغيان الاتجاه الفردي هو فوضى وطغيان الاتجاه الاجتماعي هو استبداد وكلا الأمرين رذيلتين ولا يخفى ان تطبيق الاتجاه الفردي تولد عنه العديد من الظواهر السلبية كالبهائية^(٤١) والفوضوية^(٤٢).

وتطبيق الاتجاه الاجتماعي تولد عنه اهدار الحقوق والحريات الفردية بالعنف؛ فكان حصاده مرأ، اما لأن هذا العنف قد خلق تحولاً في مشاعر العامة^(٤٣)، على اثر ما قامت به بعض الحكومات من التنكيل بالمجرم السياسي وفرك انفه كل يوم عشرات المرات في التراب والطين. هذا واهدار آدميته وطحن كرامته في السجون والمعتقلات فكان ذلك من شأنه ان انضمت لتلك الطائفة العديد من العناصر وتعاطفت معها الكثير من الطوائف^(٤٤). وهذا تحولاً لا بد وأن تحسب له الحكومات حساباً. الا أنه

ونظراً للعديد من الاعتبارات التي احاطت بالجريمة السياسية حديثاً اتجهت التشريعات صوب التشدد النسبي^(٤٥) نذكر من تلك الاعتبارات:-

١ - ظهور الحركات الارهابية والفوضوية في أواخر القرن الثامن عشر وما آلت اليه من فضائح مؤلمة من ذلك الاحداق وتسميم مياه الشرب وتدمير الأموال العامة ولزهاق الارواح البريئة لهذا تحول الرأي العام الى نقمة واشمئزاز واستنكار فتجاوبت الدول مع تلك المشاعر حيث سلخت الطبيعة السياسية عن هذا النوع من الجرائم.

٢ - وكذا جرائم الامن الخارجي للدولة، فهؤلاء انعدم في ضمائرهم الولاء لأوطانهم ولا متهمة ويصبح شأنهم شأن الأعداء فهم خونه مارقون وليسوا مصلحين عقائدين وبالتالي وجب التشدد عليهم.

ان الحروب في عالمنا اليوم تستلزم تعبئة كل الطاقات المادية والمعنوية لمواجهة الأعداء الطامعين؛ وتلك الطاقات التي لم تعد قاصرة

على القوات المسلحة بل الشعب بأسره ، القوات المسلحة لمواجهة العدو والشعب يحمي ظهرها واي تصدع في تلك الجبهة يفرز للأمة العديد من الويلات التي لا يحسب للمشروع حسنها في الأوقات العادية .

المطلب الرابع

الفائدة القانونية لتلك التفرقة ان الهدف من التفرقة بين الجرائم السياسية والجرائم العادية انما يكمن في العديد من المزايا التي يتمتع بها المجرم السياسي دون المجرم العادي في مجال العقوبة والمعاملة العقلية وذلك على النحو التالي :

أولاً : العقوبة :-

ان الاتجاه المعاصر حسب ماتقدم يتوقف كثيراً في عقوبة المجرم السياسي مراعيأ في ذلك نبل المقصد وشرف الغاية كعامل مخفف لها ؛ وهو اتجاه حسن فالمجرم السياسي اليوم قد يكون الحاكم غداً هذا وما تتميز به الجريمة السياسية من طبيعة خاصة فهي جريمة متففين لاغوغائيين . ومن مظاهر هذا الترفق الغاء عقوبة الإعدام على المجرم

السياسي متى اكتملت للجريمة شروطها القانونية والنزول بالعقوبة المقيدة للحرية درجة أو درجتين عن القاعدة العامة وهذا ما اتبعه المشرع العراقي^(٤٦) والمشرع التونسي^(٤٧) وسار على نهجها المشرع اللبناني^(٤٨) .

واتبعهما ايضاً المشرع السوري^(٤٩) والمشرع الإيطالي^(٥٠) . وان كان المشرع المصري لم يتعرض للجريمة السياسية .

ثانياً - عدم تسليم المجرم السياسي^(٥١) :-

لقد اصبحت تلك القاعدة اليوم مستقرة بوجدان الفكر المعاصر^(٥٢) .

وقد سمت بها التشريعات فاحتلت مكانتها على خريطة القانون الدستوري^(٥٣) ، بوصفها حقاً من الحقوق الأساسية حتى التشريعات التي لم تتعرض لجريمة السياسية اخذت بذات القاعدة .

ثالثاً : بعض المزايا :-

تقضي بعض التشريعات باستثناء المجرم السياسي من القواعد العامة الخاصة بالجزمان من بعض الحقوق

والمزايا المدنية كعقوبة تكميلية مثل تولي بعض الوظائف العامة وحمل الاوسمة الوطنية والاجنبية وكذلك السلاح^(٥٤) هذا وتقضي بوقف تنفيذ العقوبة .

رابعاً : العود .

جاءت التشريعات المعاصرة على عدم احتساب الجريمة السياسية سابقة في العود وذلك لأختلاف طبيعتها عن طبيعة الجريمة العادية^(٥٥) سواء كانت الجريمة جنائية أو جنحة^(٥٦) .

خامساً : المعاملة العقابية :-

ان المحكوم عليه بعقوبة سياسية يتميز بمعاملة خاصة عن المحكوم عليه في جريمة عادية ومن ذلك يحبس في مكان خاص بعيداً عن باقي النزلاء وعدم التزامه بالعمل داخل السجن ، وله الحق في طلب طعامه من خارج السجن وكذلك الكتب التي يريدونها

سادساً : العفو الشامل :-

يحظى المجرم السياسي في الغالب بقرارات العفو الشامل حتى في تلك الدولة التي لم

تتعرض للجريمة السياسية ،
وتصدر هذه القرارات عادة في
اعقاب الأحداث الهامة مثل
انتصار الدولة في حرب ضد
دولة أخرى^(٥٨) أو نجاح
ثورة^(٥٩) أو تغيير حكومة
بأخرى^(٦٠).

المبحث الثاني

موقف التشريعات المعاصرة

لقد أخذ الاتجاه الراجح
بالتشريعات محل البحث
بالمعيار المزدوج أي بالدافع
الشخصي وموضوع الحق
المعتدى عليه^(٦١) وإن
تشددت تلك التشريعات نسبياً
نظراً للأعتبارات التي سقتها
سلفاً^(٦٢) هذا ومسايرة للاتجاه
الدولي^(٦٣) . ومن مظاهر هذا
التشدد استبعاد بعض الجرائم
من المجال السياسي حتى ولو
كان الدافع اليها سياسياً أو
كانت تشكل اعتداء على
الحقوق السياسية البحتة ومن
ذلك :-

١ - جرائم امن الدولة الخارجي^(٦٤) :-

وهو ما تناصره رغم ان
هذا النوع من الجرائم ذو
طبيعة سياسية بالنظر الى
المعيار الشخصي والمعيار
الموضوعي ، فالذي يعمل من

الخفاء مع دولة عدوة يأخذ
حكمها فهو عدو لوطنه
وعشيرته مبدداً للطاقات
مجتمعه . ومثله يصبح غير
جدير بالرأفة مستوجباً التشدد
في العقاب^(٦٥).

٢ - الجرائم الأرهابية^(٦٦) :-

وهي عن الجرائم التي
يعاني منها المجتمع البشري
اليوم . فهي من معضلات
المشاكل المطروحة على بساط
البحث باعتبارها تشكل ظاهرة
دولية^(٦٧) تقوم بتنفيذها
عصابات ذات عناصر متعددة
الجنسيات ومن اخطر اسلحتها
اختطاف الطائرة واحتجاز
ركابها كرهائن^(٦٨) . بكل ما
فيها من ابرياء . وكذلك
استعمال المتفجرات بالاماكن
الاكثر ازحاماً . ولهذا
اتجهت التشريعات صوب
التشدد وذلك باعتبارها جرائم
عادية وفقاً للمعيار الموضوعي
بصرف النظر عن المعيار
الشخصي اي سواء كان
الباعث عليها سياسياً من
عدمه^(٦٩).

٣ - الجرائم الاجتماعية^(٧٠، ٧١) :-

لقد اجتمعت التشريعات

المعاصرة على استبعاد هذا
النوع من الجرائم عن المجال
السياسي لان المصالح
الاجتماعية المهددة بها اعظم
واسمى من الغايات السياسية
التي ترمي اليها ومن امثلتها
هدم أو محاولة هدم الاساس
الاجتماعي للدولة عن طريقة
بذر الصراع الطبقي
كالشيوعيين^(٧٢) أو الفتنة
الطائفية بين افراد المجتمع
الواحد كالمتعصبين . وكذلك
الاتجاهات الرامية الى هدم
القيم الراسخة كأساس وقاعدة
اجتماعية كالبهائيين^(٧٣)
والفوضويين^(٧٤).

٤ - الجرائم المختلطة :-

أوضحت سلفاً أن الجرائم
السياسية (اي الدافع الشخصي
والموضوع) وفقاً لما استقرت
عليه التشريعات المقارنة بينما
الجرائم المختلطة اي التي تقع
على حق فردي خالص لتحقيق
هدف سياسي مع وحدة
السلوك الاجرامي ووضح
صور تلك الجرائم هي جريمة
الأغتيال السياسي فهل يعد
الأغتيال جريمة سياسية أو
عادية هذا هو المعول عليه
هنا ؟

لقد اختلفت الآراء حول

هذه المسألة . فمنهم من يرى ان الجريمة المختلطة جريمة سياسية وفقاً لمعيار الباعث الشخصي بغض النظر عن موضوع الحق المعتدى عليه . بدعوى ان الاعتداء انما وقع على رئيس الدولة لايوصفه فرداً ولكنه كرأس للنظام السياسي القائم ومن ثم يكون الاعتداء موجهاً ضد الدولة مباشرة وهي موضوع سياسي بكل المعايير .

ومن يرى ان الجريمة المختلطة انما هي جريمة عادية وفقاً للمعيار الموضوعي بغض النظر عن الدافع الشخصي فالاعتداء وقد وقع على حق إنسان في الحياة وهو ذو طبيعة عادية فرئيس الدولة شأنه أي مواطن له أن ينعم بكل حقوقه ومن أهمها حقه في الحياة^(٧٥) .

وعلى الرأي الأخير استقر الفكر المعاصر^(٧٦) . وكذلك التشريعات المقارنة وان توسعت نسبياً فاعتبرت جريمة القتل العمد جريمة عادية ولو كان الهدف منها سياسياً سواء وقع القتل على رئيس دولة أو أحد الناس^(٧٧) وأكثر من ذلك اعتبار الجريمة المرتبطة بجريمة عادية ولو لم تصل حد

القتل بل لمجرد الإيذاء ولو بالجرح أو غيره^(٧٨) . سواء في مواجهة رئيس الدولة أو رئيس دولة أخرى أو عوائلهم^(٧٩) .

٥ - الجرائم المرتبطة :

هي جريمة عادية بكل المعايير المتقدمة . وان اقترنت بظروف سياسية محضة كحالة الثورات الداخلية والاضطرابات^(٨٠) أو بمعنى آخر هي جريمة مستقلة عن الجريمة السياسية في ركنها المادي والحق المعتدى عليه ومن ثم تتميز بمايلي :-

١ - ان تكون واقعة على حق فردي خالص .

٢ - أن تقع اثناء حالة الاضطرابات السياسية^(٨١) .

٣ - انها جريمة غير مقصودة بذاتها بل هي وسيلة لتحقيق الجريمة السياسية أصلاً .

٤ - يجب ان تتم الجريمة السياسية فعلاً أو الشروع فيها على الأقل .

٥ - وجود تـلازم وضرورة بين الجريمتين العادية والسياسية . بحيث يقال لولا الجريمة [العادية] ما كانت

[السياسية]^(٨٢، ٨٣) . مثل ذلك نهب مخزن اسلحة أو سرقة اموال إحدى البنوك لتمويل الثوار^(٨٤) أو لاستخدامها في أحداث إنقلاب ضد النظام السياسي .

موقف الاتجاه الدولي المعاصر :-

لقد استقر الاتجاه المعاصر على ارساء القاعدة العامة ثم وضع لها استثناء وذلك منذ عام ١٨٩٢ حيث قرارات معهد القانون الدولي التي صدرت بجلسته المنعقدة في جنيف والتي قضت [ان الجرائم المركبة [المختلطة] والملازمة . [المرتبطة] لجريمة تعتبر سياسية ما لم تكن من اشد الجرائم خطورة]^(٨٥) وهو نفس الدرب الذي سار عليه المؤتمر الدولي لتوحيد قانون العقوبات المنعقد في كوبنهاجن حتى عام /١٩٣٥ . وبالتالي يكون الرأي القائل بأن الاتجاه المعاصر يأخذ بالمعيار الموضوعي^(٨٦) . وهو رأي غير دقيق مادام هذا الاتجاه يعتد بالمعيار الشخصي وتشدد التشريعات محل المقارنة حماية النظام العام ، فهذا لا يخل من القاعدة العامة بوصفه استثناء . هذا ويختلف مع

السياسي في بعض الدول منها :-

- ١ - حبسه في مكان خاص بعيداً عن باقي النزلاء .
- ٢ - وعدم التزامه بالعمل داخل السجن .
- ٣ - ان يكون له الحق في طلب طعامه من خارج السجن وكذلك الكتب التي يريد .

٤ - ناصرنا التشدد في مواجهة المجرم السياسي باستبعاد جرائم أمن الدولة الخارجية وجرائم الارهاب والجرائم الفوضوية .

مثل البهائية والفتنة الطائفية وتلك عوامل تصدع بنيان المجتمع المعاصر .

بين الاتجاه العام المتعاضم والاتجاه الفردي المبتنامي . ومن ذلك :-

- ١ - ان تعريف الجريمة السياسية لا يمكن تحديده بالدقة اللازمة الا من خلال الضوابط التي تعتمد على دولة على حدتها .

٢ - لقد ناصرنا المعيار المزدوج لان المعيار العلمي الذي يجمع بين المصلحة الاجتماعية والحقوق والحريات الفردية .

٣ - ونرى اضافة بعض المزايا العقابية للمجرم

الرأي القائل بضرورة العمل بالمعيار الشخصي على اطلاقه (٨٧) .

فالأفراط صوب الاتجاه الفردي هو فوضى ، والأفراط صوب الاتجاه العام هو استبداد وضرورة الموازنة بينهما تستدعي أخذ احسن ما في الاتجاهين لتحقيق الاستقرار الاجتماعي من جانب وحقوق وحريات المواطنين من جانب آخر .

«الخاتمة»

لقد انتهينا من البحث بالعديد من الحقائق العلمية التي نرى مناسبتها لفكرة الموازنة

تحية إلى مصر الحرة ...

فأبناء مصر أحرار بلا مال ولا جاه .. أحرار لاتعنو لغير الخالق وجوه ولا جباه .. أحرار ومصرنا دائماً مقبرة للغزاه والطفاه .. أحرار وفي حريتنا الوجود ومنها الحياة .

روايش

- (١) - د . محمد موسى - تاريخ الاخلاق - ص ٥٠ .
- (٢) - د . سليمان طملوي - لكي . نسقط البيروقراطية - ص ٤٥ .
- (٣) - د . محمد الفاضل - محاضرات في الجريمة السياسية ، ص ٧٠ .
- (٤) - د . شاكر العاني - تحديد الجرائم السياسية ، مجلة القضاء ، ص ١٩ ع ١ ص ٨ .
- (٥) - د . عبد الوهاب العشماوي ، الاتهام الفردي ، ص ١٢ .
- (٦) - واكثر من ذلك ان بلاد بابل كان قننون حمورابي [٨ ، ١٧ ق . م] يستبعد التعذيب كوسيلة للاعتراف . د . فاضل زيدان - سلطة القاضي الجنائي ، ص ٢٤ . عكس القانون الفرعوني الذي كان يلبس ثوباً الهياً لأن الفرعون وقد أضفى على نفسه طابع الالهية من دون الله . فيقول تعالى [(٧) - يقول ول - ديرانت :- ان القانون الروماني قد سمي بأخلاقياته عن القانون اليوناني وتوسع توسعاً وتهذباً يليق بمقام تلك الدولة التي خفقت اعلامها على ثلاثة ارباع المكونة الارضية . قصة الحضارة ، مجلد ١ / ج ١ - ص ٣١ .
- (٨) - وان حدث تطور لمفهوم (المساس بالعظمة) حيث اقيم المساس بعظمة الشعب وتحول الى عظمة السلطان . ومن هنا بدأ التشدد في معاملة المجرم السياسي د . محمد الفاضل - المرجع السابق - ص ١٧١ .
- (٩) - يقول الله تعالى (وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ، فان بغت احدهما على الاخرى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى امر الله) سورة الحجرات / ٩ .
- (١٠) -

Veygilius Fevm, Encyclopadia of Yeligion, 1 ed p. 119.

- (١١) - يقول تشيزاري بيكاريا :- ان الهدف من ذلك مع إنتشار الافكار المضادة للحكومات القائمة حيث كان المتهم السياسي يطالب بالجدل ، وتعاليم الكنيسة هي احكام الرب لا تقبل اجتهداً . راجع الجرائم والعقوبات . ترجمة يعقوب حياني ص ٥٢ .

Veygilius ferm, op. cit. p. 119; Encyclopadia Britannica,

(١٢) -

London 1959, V. 6. p. 702.

- (١٣) - وهذا محل اجماع من المعنيين بدراسة الجريمة السياسية من رجال القانون العرب د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٧٣ . د . عبد الوهاب عمر ، الاجرام السياسي ، ص ٥ . د . أنور العمروسي ، الجرائم السياسية ، ص ٧ . د . سعد الاعظمي ، جرائم التعاون مع العدو في زمن الحرب ، ص ٤٠ . د . علي حسين الخلف . د . سلطان عبد القادر الشاوي ، المبادئ العامة في قانون العقوبات ، ص ٢٩٧ . د . عبد الرحمن العطار ، المحاكمات السياسية ، مجلة القضاء العراقية ، ص ٢٧ ، ع ١ ، ص ٨ . د . مصطفى العوجي ، القانون الجنائي العام في لبنان ، ج ١ ، ص ٢٢٠ ، شاكر العاني ، المقالة

مقدمة

السابقة ، ص ٢١ ، د . محمود نجيب حسنى - شرح قانون العقوبات اللبناني ، ص ٤٤٧ . د . ابو اليزيد المنيث ، البحث العلمي عن الجريمة ، ص ٢٦١ .

(١٤) - د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٥ وتفصيلاً ص ١٣ لاحقاً .

(١٥) - راجع جملة في :- د . اكرم نشأت ابراهيم ، الأحكام العامة في قانون العقوبات العراقي ص ٢٤ . وتفصيلاً في :- د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٨٤ وما بعدها .

(١٦) - فالجريمة السياسية من حيث الواقع هي :- مجرد صراع بين النظام والمعارضين له في مكان وزمان معينين ، فاذا نجحت المعارضة إنتفت الجريمة . وإذا فشلت حوكتت المعارضة على جريمة الخيانة العظمى .

(١٧) - د . اكرم نشأت ابراهيم ، المرجع السابق ، ص ٢٥ .

(١٨) - د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧ .

(١٩) - لقد لاحظنا ان الفقه العربى يخلط بين مفهومي الدافع والهدف . د . حسين الخلف . د . سلطان عبد القادر . المرجع السابق ، ص ٢٩٨ ، واكثر من ذلك من يعرف الدافع بأنه النية أو الغرض . د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ ونهج نفس المسلك المشرع السوري م/ ١٩٥ عقوبات والمشرع اللبناني في م/ ١٩٦ عقوبات حيث عرفا الدافع [بأنه العلة التي تحمل الفاعل على الفعل أو الغاية القصوى التي يتوخاها] وما نراه انه مثل تلك المصطلحات القانونية يجب أن تأخذ حقها من الدقة ، فالدافع هو الذي يكمن خلف سبب التصرف والهدف هو المحصلة النهائية لهذا التصرف فمن يشتري سيارة لابنه يكون الدافع هو تملك السيارة والسبب هو التعاقد والهدف هو سعادة ابنه وفي مجال البحث من يسطو على مخزن أسلحة لمواجهة الحكومة ، فالباعث هنا هو ازالة الحكومة الظالمة والهدف هو الاستقرار والعدالة .

(٢٠) - تفصيلاً د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ١٤ . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٦ ، د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ ، د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ . د . سعد ابراهيم الاعظمي ، جرائم التعاون مع العدو ، ص ٣٤ . د . انور العمروسي ، المرجع السابق ، ص ٧ . د . شاكر العاني ، المرجع السابق ، ص ١٦ . د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٦ . د . ابو اليزيد المنيث ، البحث العلمي عن الجريمة ، ص ٢٦ . د . هيثم الناصري ، خطف الطائرات ، ص ٦ . د . علي حسين الخلف ، د . سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ،

(٢١) - راجع ص ٤ سابقاً .

(٢٢) - د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٤ .

(٢٣) - د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ١٧ .

ولو ان العبرة بالدافع الاقوى فلو كان الدافع السياسي جدت جريمته سياسية وان كان الدافع العادي

واش

[الذنيء] عدت الجريمة عادية فمن الصعب الفصل بين الدافعيين د . مصطفى العرجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

ونعطي مثالا على ذلك :-

إذا قام شخص بقتل احد الحكام ليجعل من نفسه حاكماً [دافع ذنيء] وليخلص الشعب من ظلمة [دافع سياسي] فأَي منهما سيرجح ؟

(٢٤) - د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٢٧ . د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ص ٤٤٨ .

(٢٥) - د . مصطفى العرجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ .

(٢٦) - بدعوى المسابرة لفردية العقوبة ، د . مصطفى العرجي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٧ .

(٢٧) - د . علي حسين الخلف د . سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ .

(٢٨) - راجع ص ١٨ لاحقاً .

(٢٩) - حيث كان القاضي هو المشرع والمنفذ والحاكم

Raymond, Histoire du droit pénal, paris 1955 p. 23

(٣٠) - ومن ذلك الصراع بين الشيوعيين والفاشييين بسبب التحول الاقتصادي د . شاكرا العاني ، المرجع السابق ، مقال ، ص ٢١ .

(٣١) - د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣٠٨ ، وذلك لاضطراب العلاقات الدولية من ناحية وتشعب وظائف الدولة مسابرة للأتجاه الاشتراكي د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٧ .

(٣٢) - مثل ذلك في امريكا وروسيا والمانيا وبولندا وفنلندا . د . شاكرا العاني ، المثال السابق ، ص ٢١ .

(٣٣) - ومن ذلك وضعت الدول تنظيمات سرية لمواجهة تنظيمات المعارضة ومثل ذلك في مصر في فترة الفساد السياسي قبل ثورة ٢٣ يوليو ١٩٥٢ وما حدث في روسيا والمانيا وايطاليا حيث استخدمت عقوبة الاعدام السريع لمجابهة المجرم السياسي د . شاكرا العاني ، المقال السابق ، ص ٢١ .

(٣٤) - فالجريمة السياسية لم تعد عملاً ضد الحكام بل اصبحت تهدد المجتمع في ثباته واستقراره ، د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٧ . د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ١١ .

(٣٥) - لانها تشكل اعتداء على النظام الذي ارتضته الجماعة لنفسها .

(٣٦) - د . شاكرا العاني ، المقال السابق ، ص ٣٣ . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٢١ .

(٣٧) - راجع توصيات المؤتمر الدولي السادس لقانون العقوبات المنعقد في كوبنهاجن سنة ١٩٣٥ الذي عرف الجريمة السياسية بأنها [هي التي ترتكب اعتداء على النظام الدولة السياسي وحقوق المواطنين

مواش

السياسية] تفصيلاً د. أبو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٦ . د . شاكرا العاني ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

Coss., 28 Sep 1970, D. 1971. p. 36

(٣٨) - مثال ذلك :

Cass., 23 pev 1072, D. 73. P. 333

عكس ذلك :

وكذا القضاء السويسري د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٤٣ .

(٣٩) - د . محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٨ . د . علي حسين الخلف . د . سلطان عبد القادر المرجع السابق ، ص ٣٠٠ . د . أبو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٦ . د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٧ . د . شاكرا العاني ، المقال السابق ، ص ٣٥ .

(٤٠) - د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣٤ .

(٤١) - راجع تعريف البهائية ص/ ٢٦ لاحقاً .

(٤٢) - راجع تعريف الفوضوية ص/ ٢٧ لاحقاً .

(٤٣) - انه في الغالب ما يهم الجمهور مع الفاعل وذلك عن طريق التأييد الضمني أو الصريح كالمظاهرات ورفع الشعارات . د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٢٤ ومن امثلة ذلك تعاطف الشعب الأسباني مع [يرغوس] على اثر اعدامه في جريمة سياسية ، ولقبوه الأسبان بأنه من الضحايا المخلدين بينما وصفته الحكومة بأنه قاطع طريق . د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٩ .

(٤٤) - مثل طائفة القضاة ، فهم مواطنون قبل ان يكونوا قضاة يصدر عن احكامهم وفقاً لأتجاهات الرأي العام والمشاعر الجماعية وذلك في إطار من نصوص قانونية .

(٤٥) - ويناصر هذا الاتجاه :- د . محمد ابراهيم اسماعيل ، شرح الاحكام العامة في قانون

العقوبات ، ص ١٢ . د . السعيد مصطفى السعيد ، الاحكام العامة في قانون العقوبات ، ص ٧٤ . د .

محمود نجيب حسن ، المرجع السابق ، ص ٤٤٧ . د ج احمد فتحي سرور ، الوجيز ، ص ٣٢٠ . د .

ابو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٦ . د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ .

(٤٦) - المادة / ٢٢ (يحل السجن المؤبد محل الاعدام في الجرائم السياسية وتخفف العقوبة متى كان الباعث عليها شريفاً على النحو الآتي :- إذا كانت عقوبتها السجن المؤبد أو المؤقت نزلت الى عقوبة الحبس الذي لا تقل مدته على ستة اشهر ، وتقضي المادة / ١٣٣ . (إذا توفرت عقوبة الجنحة يجوز للقاضي النزول بالعقوبة عند حددها الأدنى . وإذا كانت العقوبة حبساً وغرامة معاً حكمت المحكمة بأحدى العقوبتين وإذا كانت العقوبة حبساً غير مقيد بحد أدنى حكمت المحكمة بالغرامة بدلاً عنه) .

(٤٧) - فقد ألغيت عقوبة الأعدام عن المجرم السياسي وجلت محلها عقوبة النفي في قلعة محصنة وإذا كانت العقوبة اعتقال مؤبد تكون للمجرم السياسي سجن مؤقت ، وإذا كانت اعتقال سيكون بالتجديد

مناقشة

المدني للمجرم السياسي أما في الجرح فقد تركها المشرع للقاضي للحكم فيها وفقاً لسلطته التقديرية بين حدي العقوبة الأدنى والأقصى . راجع د . علي حسين الخلف ، د . سلطان عبد القادر الشاوي ، المرجع السابق ، ص ٣٠٥ ، د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٣٩ .

(٤٨) - المادة / ١٩٨ [إذا كانت الجريمة سياسية تخفف العقوبة من الإعدام إلى السجن المؤبد أو بالأشغال الشاقة المؤبدة والأعتقال المؤقت أو الإبعاد أو الإقامة الجبرية أو التجريد المدني بدلاً من الأشغال الشاقة المؤقتة للمجرم العادي ، والحبس البسيط أو لأقامة الجبرية بدلاً من الحبس مع الشغل] .

(٤٩) - تقضي المواد (٣٨ ، ٣٩ ، ٤٠) من قانون العقوبات السوري باستبدال عقوبة الإعدام بالأعتقال المؤبد والأشغال الشاقة المؤبدة بالأشغال المؤقتة والأعتقال المؤبد بالأعتقال المؤقت والأشغال الشاقة المؤقتة بالتجريد المدني وذلك للمجرم السياسي ، فإن كانت الجريمة جنحة فيعاقب عليها المجرم السياسي بالحبس البسيط والأقامة الجبرية والغرامة .

(٥٠) - تقضي المادتان (٤١ ، ٤٢) ، من قانون العقوبات الإيطالي باستبدال عقوبة الإعدام بعقوبة السجن المؤبد في هذا النوع من الجرائم وبلا تفرقة بين مواطن وغير مواطن حدثت في السلم أم في وقت الحرب .

• The American Seyics of foyeign Peud codes, The italian penal code, N. 23 .

(٥١) - تسليم المجرم السياسي هو إجراء يتم بمقتضاه ان تتخلى دولة عن فرد موجود على اقليمها لسلطان دولة اخرى تطالب بتسليمه لغرض محاكمته أو لتنفيذ حكم صدر ضده . والتسليم هو مظهر من مظاهر التعاون بين الدول لمكافحة الأجرام . د . هيثم الناصري ، المرجع السابق ، ص ٣٤٢ ، د . علي حسين الخلف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

(٥٢) - فتنقسم الجرائم في مجال تسليم المجرمين السياسيين الى نوعين ، النوع الاول :- يسمى بجرائم الحرب وامثلتها مخالفة القواعد التي اقرتها إتفاقية جنيف بشأن معاملة اسرى الحرب . والنوع الثاني :- جرائم السلم وامثلتها مخالفة احكام معاهدة الصلح سنة ١٩٤٧ بين الدول المتحاربة [الحرب العالمية الثانية] تفصيلاً . د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣١٩ وما بعدها .

(٥٣) - راجع الدستور العراقي المادة / ٣٤ ب . والمصري م / ٥٣ وبوجه عام راجع احكام اتفاقية تسليم المجرمين بين الدولة العربية سنة ١٩٥٤ والتي تقضي بالمادة الرابعة بعدم التسليم في الجرائم السياسية وان وضعت للدول الحق في تعريف الجريمة السياسية . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٦٥ . د . علي حسين الخلف ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

(٥٤) - راجع م / ٢٢ من قانون العقوبات العراقي ، رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩ ، وتعديلاته .

شواهد

(٥٥) - المادة ١ من القانون الفرنسي/ ١٨٩٩ . د . هيثم الناصري ، المرجع السابق ، ص ٣٤٣ .

(٥٦) م / ٢٢ من قانون العقوبات العراقي والمادة ٣ من قانون العقوبات الفرنسي .

(٥٧) - المواد من ٤٩٠ الى ٤٩٦ اجراءات جنائية فرنسي د . محمود مصطفى ، شرح قانون

العقوبات المصري ، ص ٥٢ .

(٥٨) - كما حدث في العراق على اثر انتصاره على العدو الفارسي في معركة قادسية صدام

حيث اصدر السيد الرئيس صدام حسين القرار رقم ٨٦٠ في ١٩٨٨/١١/٣٠ بالعفو الشامل عن الهاربين لأسباب سياسية وكذلك للمتهمين والمحكوم عليهم في جرائم سياسية . راجع الوقائع العراقية س ٣١ ع ٣٢٣١ ، ص ٩٤٧ .

(٥٩) - كما حدث في مصر والعراق أبان نجاح ثورة ٢٣/ يوليو/ ١٩٥٢ في مصر حيث صدر المرسوم

رقم ٢٤١ لسنة ١٩٥٢ . راجع د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٥٢ ، وفي العراق ثورة ١٤ تموز عام ١٩٥٨ حيث صدر القرار رقم ٢٣ لسنة ١٩٥٨ بالعفو العام عن المجرمين السياسيين التي حدثت جرائمهم قبل الثورة بأعتبارهم دعاة اصلاح وتحرير في نظام الحكم السابق ، راجع د . شاكر العاني ، المرجع السابق ، ص ٣٢ .

(٦٠) - في مصر صدر القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٣٦ على اثر تقلد حكومة علي ماهر زمام الوزارة

للعفو الشامل عن المحكوم عليهم سياسياً في عهد الحكومات السابقة . د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٥٢ .

(٦١) - القانون العراقي : لقد كان قانون العقوبات العراقي البغدادي الملغي لا يتعرض للجريمة

السياسية وبالرغم الغي لانه كان صادر من قبل قائد الاحتلال البريطاني عام ١٩١٨ هذا فضلا للتناقض والتعارض الذي وصلت اليه مواد ذلك القانون أثناء تطبيقه الذي احدث الظلم والجور والتعسف والتحكم بطبقة الشعب وعند قيام ثورة ١٧/ ٣٠ تموز المباركة صدر في عهدنا قانون العقوبات العراقي رقم (١١١) لسنة ١٩٦٩ حيث تعرض للجريمة السياسية تقديرأ منه لهذا النوع من الجرائم ومسايرة الاتجاه المعاصر فبناها على المعيار المزدوج حيث تقضي المادة ٢١ من قانون العقوبات العراقي : هي [التي ترتكب بباعث سياسي أو تقع على الحقوق السياسية العامة والفردية] .

القانون الايطالي :

يأخذ بالمعيار المزدوج فالمادة/ ٨ من القانون الايطالي تقضي بأن [الجرم السياسي هو الجرم الواقع

ملخص

علي مصلحة سياسية للدولة أو على حق سياسي للمواطن وكذلك الجريمة العادية متى تمت بباعث سياسي].

The American Seyies of foyeign penal cades, The itolian penal code. N. 23 .

وبهذا نختلف مع د . علي حسين الخلف ، د . سلطان عبد القادر حيث يرى أن الايطالي يأخذ بالمعيار الشخصي ، المرجع السابق ، ص ٢٩٨ .

القانون الفرنسي :

لم يضع المشرع الفرنسي تعريف للجريمة السياسية حتى اليوم تاركاً امرها للقضاء . د . مصطفى العوجي المرجع السابق ، ٢٣٩ ، فأختلفت الاحكام حيث اخذ القضاء بالمعايير الثلاثة . د . انور العمروسي ، المرجع السابق ، ص ١١ . وعكس ذلك . د . شاكر العاني حيث يرى أنه المشرع الفرنسي وضع للجريمة تعريفاً مفاده [هي التي تقترب وتكون السياسة هي الغرض أو الدافع لها] المقال السابق ، ص ٢٥ .

القانون المصري :

ساير نفس المسلك الفرنسي حيث لم يضع وحتى اليوم تعريفاً للجريمة السياسية تاركاً امرها للقضاء . وما حدث في فرنسا حدث في مصر حيث اختلفت الاحكام في هذا المجال ، د . انور العمروسي ، المرجع السابق ، ص ٦ .

القانون اللبناني :

بأخذ المعيار المزدوج حيث تقضي المادة/ ١٩٦ [الجرائم السياسية. هي الجرائم المقصودة التي اقدم عليها الفاعل . بدافع سياسي وكذلك الجرائم الواقعة على الحقوق السياسية العامة والفردية] .

القانون السوري :

بأخذ بالمعيار المزدوج حيث تقضي م/١٩٥ [نفس المسلك الذي سلكه المشرع اللبناني] .

(٦٢) - راجع ص/١٥ .

(٦٣) - راجع توصيات المؤتمر الدولي السادس لتوحيد قانون العقوبات كوينهاجن ١٩٣٥ والتي سبقَت الإشارة إليها .

(٦٤) - المفهوم المعاصر لجرائم امن الدولة :- ان التفرقة بين جرائم امن الدولة الداخلية والخارجية اصبحت اليوم آخذة في الاقوال . فقد ضاق فحواها الى حد بعيد واليوم اخذت الغالبية من الدول بمبدأ

شواهد

أدماج هذين النوعين من نواع واحد في امثلة ذلك في فرنسا ثم الأدماج منذ عام ١٩٦٠ حيث أصبح العنوان [جرائم امن الدولة] ونفس المسلك في الجزائر عام ١٩٦٦ . وفي ايطاليا أصبح العنوان [الجرائم الموجهة ضد الشخصية الدولية] المواد ٢٤١/٢٤٢ . راجع

The Ameyicen Seyled, of, cit N . 23

وفي انكلترا أصبح العنوان [جرائم الامن]

Cofficial Secyets,

وذلك بقانون صدر عام ١٩١١ راجع :

Smith and Hogan, of, cit ., 1. 802

وفي العراق لم يعد للتمييز بين النوعين فائدة كبيرة . د . سعد الاعظمي ، جرائم التعاون مع العدو في زمن الحرب ، ص ٤٠ ومابعدها .

(٦٥) - لهذا لا تعتبر تلك الجرائم سياسية ولو كان الباعث عليها سياسياً راجع المواد ٢١/ق . ع . العراقي ، المادة/ ٦٩٨ قانون العقوبات الفرنسي بحسب آخر تعديل عام ١٩٦٠ ، المادة/ ١٩٨ القانون اللبناني و م/١٩٨ قانون العقوبات السوري .

(٦٦) - الارهاب : يعرفها القانون الانكليزي بأنه [من اخطر الجرائم الاجتماعية المقترنة بالاضطرابات السياسية] وذلك بقانون صدر عام ١٩٧٤ وعدل عام ١٩٧٦

Smith and Nogan, The crimonair Law, London, p. 812

والمادة ٣٠٤ من قانون العقوبات السوري [كل فعل يرمي الى ايجاد حالة ذعر عن طريق وسائل من شأنها احداث الخطر العام] والاتفاقية الدولية في جنيف . سنة ١٩٣٧ [هو الاعمال الاجرامية الموجهة ضد الدولة والتي في شأنها وطبيعتها اثاره الرعب لدى شخصيات أو جماعات معينة أو لدى الجمهور .

(٦٧) - فالمجتمع الدولي لازال مشغولاً منذ زمن بعيد بأسلوب مكافحة الارهاب وتتبع الارهابيين . ومن ذلك الاتفاقية الدولية المنعقدة في جنيف عام ١٩٣٧ مشار اليه د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٥٢ ، د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ ولاتزال الجمعية العامة للأمم المتحدة وحتى اليوم منشغلة بوضع قانون لمكافحة الارهاب الدولية الآخذة في الإزدياد والانتشار الجغرافي وان كانت العوائق لاتزال في طريقها ومن اهمها عدم الاتفاق على [مفهوم الارهاب] و [تحديد الافعال التي يقرها العرف الدولي اذا تمت لتحقيق اهداف معينة وطنية وسياسية] وتلك عوائق قد تؤثر وتؤخر كثيراً مثل تلك المكافحة على المستوى الدولي وهناك جهود تبذل لإنشاء منظمة دولية خاصة لمعالجة الإرهاب الدولي .

د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ص ٢٤٠ ومابعدها .

مناقشة

(٦٨) - وهناك احصائية تكشف بجلاء عن مدى تزايد اختطاف الطائرات في الوقت الحديث [في عام ١٩٦١ تم اختطاف (١٠) طائرات وفي عام ١٩٦٢ تم اختطاف ثلاث طائرات وفي عام ١٩٦٣ اختطفت طائرة واحدة وفي عام ١٩٦٤ اختطفت طائرتان وفي عام ١٩٦٥ تم اختطاف خمس طائرات وفي عام ١٩٦٦ اختطفت اربع طائرات وفي عام ١٩٦٧ تم اختطاف (٦) طائرات وفي عام ١٩٦٨ تم اختطاف

(٣٥) طائرة وفي عام ١٩٦٩ اختطفت (٨٨) طائرة . وتم اختطاف (٨٣) طائرة في عام ١٩٧٠ وفي عام ١٩٧١ اختطفت (٤٨) طائرة وفي عام ١٩٧٢ تم اختطاف (٥٨) طائرة . راجع / د. هيثم الناصري ، خطف الطائرات ، سنة ١٩٧٦ ، ص ٤٨ .

(٦٩) - راجع المواد ٢٢/٢١ من قانون العقوبات العراقي وان تشددت في مجال التجريم لتستبعد المشروع كذلك في المجال السياسي ، ٣١٤ ق . ع . لبناني وان تشددت في مجال العقاب منذ عام ١٩٥٩ بحسب أخذ تعديل للمادة ٥٦٩ عقوبات ، ٣٠٤ ق . ع . السوري ، ونفس المسلك القانون الانكليزي بحسب آخر تعديل عام ١٩٧٦ .

. Smith and Hogan, op, cit. P. 813 .

وفي فرنسا اصدر المشرع هناك العديد من القوانين التي استبعد بمقتضاها والتعذيب من المجال السياسي وان كان الباعث عليها سياسي راجع المواد من ٧٠ الى ٧٣ ومن ٨٦ الى ٨٨ عقوبات بحسب آخر تعديل لها عام ١٩٦٠ حيث لا تميز بين جرم عادي وجرم سياسي هذا المجال وبهذا حكم القضاء .

Cass., 4 hav. 1971, de p. 72 H 1272 .

Cass., 7 maw. 1972, op,, cit .

Cass., Juin. 1972, D. 72. 107 .

Cass., 23 Fer. 1972, Op. cit 333.

(٧٠) - عرفها معهد القانون الدولي في دورة انعقاده بجنيف سنة ١٨٩٢ بأنها [الجرائم الموجهة ضد الاليس التي يقوم عليها كل تنظيم اجتماعي] .

(٧١) - واختلف الآراء في تسمية هذا النوع من الجرائم ، فمن يطلق عليه اسم الجرائم الشيوعية ومن يرى انها الجرائم الفوضوية ومن يرى انها الجرائم البهائية تفصيلاً . محمد الفاضل المرجع السابق ، ص ٨٥ . د . معدوح توفيق . الاجرام السياسي ، ص ٩٠ ، د . غالب الداودي ، شرح قانون العقوبات العراقي ، ص ٥٣ ، وقد فضلنا تسميتها بالجرائم الاجتماعية لأن المجتمع هو المجني عليه من كل تلك الجرائم ومن ثم تشمل التسمية المختارة كل تلك التسميات وغيرها ، تفصيلاً د . عبد الوهاب عمد ، المرجع السابق ، ص ٣٧ .

(٧٢) - وتقصد من الشيوعيين [الفوضويين منهم] والذين عرفهم [آرثر كرسنلر] بأنهم الذين يؤمنون

مواضع

ايماناً ينطوي على التبرم والسخط بالبيئة الاجتماعية الراهنة ، تفصيلاً مؤلفه في الشوعية عارية ، ترجمة عمر الاسكندري ، ص ٥ .

(٧٣) - ان البهائية كما يعرفها [يوكيونين] هي حركة ترمي الى القضاء وبغف على النظام الاجتماعي والمدني القائم واستبعاد الحكومات مطلقاً كمثل أعلى على الحرب السياسية والانسجام الاجتماعي . د . ممدوح توفيق . تلمرجع السابق ، ص ٤١ . ويجد البهائيون مثلهم الأعلى هو عدم الطاعة لاله ولا لسيد ، ذكي عبد المتعال ، تاريخ النظم السياسية والاقتصادية ، ص ٤٦ .

(٧٤) - ان الفوضوية كما يعرفها [ماكسلي] هي مذهب اجتماعي فلسفي هدفها هدم المجتمع ثم بنائه من جديد على ان تكون سيادة كل فرد على نفسه الي الحكومة الشرعية الوحيدة وبالتالي لاداعي لحكومة المجموع فالفوضويون احراراً مطالبين في هذا الاتجاه طوباويون اي يؤمنون بالخير النابع من فطرة الانسان الصالحة ، ولهذا اعتبروا الدولة مخلوق غريب عن تلك الفطرة فوصفوها ممّا وصفوها بالعلاقات الوحشية ، فهي يدٌ تنتقم وفمٌ يلتقم واداة ظلم وعدوان . د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .

ومما يذكر. أن مؤتمر المحامين العرب بجلسته المنعقدة في بغداد سنة ١٩٥٨ استبعد الجرائم الفوضوية من المجال السياسي ولو كان الباعث عليها سياسياً . د . غالب الداودي ، المرجع السابق ، ص ٢٥٥ .

(٧٥) - تفصيلاً د . محمد الفاضل ، المرجع السابق ، ص ٣٩ وما بعدها . د . عبد الوهاب محمد ، المرجع السابق ، ص ٤٣ ، د . انور العمروسي ، المرجع السابق ص ١٣ .

(٧٦) - معهد القانون الدولي في جلسته المنعقدة باكسفورد / ١٨٨٠ بالبند ٤ استبعدت جرائم الاغتيال السياسي فلا تستفيد به طائفة المجرمين السياسيين وعلى نفس الدرب سار بجلسته المنعقدة في جنيف ١٨٩٢ والمؤتمر الدولي لتوحيد قانون العقوبات في كوبنهاجن عام ١٩٣٥ .

(٧٧) - المادة/ ١٦٦ سوري حيث تستبعد القتل عموماً . وهو ما أخذ به القضاء الفرنسي في قضية قتل رئيس الجمهورية pyesidemt faul Douncy حيث حكم على الفاعل بالاعدام رغم ان تلك العقوبة مستبعدة عن المجرم السياسي حسب مانقدم .

Cass., 2.O Aout 1932 -D.32; 121 .

(٧٨) - المادة/ ١٩٧ لبناني حيث تستبعد القتل أو الجرح الجسيم .

(٧٩) - المادة/ ٢١ عراقي حيث تستبعد القتل عمداً والشروع فيه وبالنسبة لرؤساء الدول تستبعد كذلك اي اعتداء آخر اقل من القتل سواء وقع على رئيس الدولة او رؤساء الدول الاجنبية أو على احد عوائلهم راجع الاتفاقيات المبرمة بين العراق ومصر ١٩١٩ والسعودية ١٩٣١ واليمن ١٩٤٦ بشأن تسليم المجرم السياسي . د . علي حميد الخلف ، سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ، ص ٢٥٤ .

هوامش

- (٨٠) - د . محمود مصطفى ، شرح قانون العقوبات ، ٥٤ .
- (٨١) - ربما ذلك يعنيه المشرع السوري بالمادة/ ١٩٦ حيث تقضي بأن [الحرب الاهلية أو العصيان لاتعد الجرائم المركبة أو الملازمة فيها سياسية اذا كانت عادة الحروب تمنعها] .
- ونفس المسلك بالقانون الانكليزي حيث لايعتد بها الا في حالة . Politiask Dio the benews .
Smith and Nogan, op. cit. p. 812 .
- (٨٢) - تفصيلاً د . عبد الوهاب عمر ، المرجع السابق ، ص ٤٦ .
- (٨٣) - وربما ذلك مايعنيه المشرع العراقي باستبعاد الجرائم المخلة بالشرف من المجال السياسي مثل خيانة الامانة والاحتيال والرشوة وهتك العرض م/٢١ ، - [حيث لارتكاب الجريمة السياسية مثل تلك الافعال .
- (٨٤) - وبهذا حكم القضاء الفرنسي :
- Cass., 28. Sep. 1970, D. W 36.
- عكس ذلك المرجع .
- Cass., 23. Fer 1972, oP. cit : 333.
- (٨٥) - راجع المادة/ ٢١ عراقي التي فصحت عن حدود الجريمة السياسية ثم استبعدت جرائم السرقة والاختلاس والتزوير وخيانة الامانة والاحتيال .
- والمادة/ ١٩٦ عقوبات السوري التي استبعدت السرقات الجسيمة ولاسيما ما ارتكبت بالسلام أو العنف وكذا الشروع فيها . والمادة/ ١٩٧ لبناني التي استبعدت الاعتداء على الاملاك احراقاً أو نسفاً أو اغراقاً والسرقات الجسيمة .
- (٨٦) - د . علي حسين الخلف ، سلطان عبد القادر ، المرجع السابق ، ٣٠ . د . غالب الداودي ، المرجع السابق ٢٥٤ ، د . ابو اليزيد المتيت ، المرجع السابق ، ص ٢٩ . د . عبد الرحمن العطار ، المرجع السابق ، ص ٨ ، وما نراه ان هذا الرأي كان له اساس وفقاً لقرارات معهد القانون الدولي بجلسته المنعقدة في اكسفورد عام ١٨٨٠ حيث يقضي البند/ ٤ [بأن الجرائم التي يتوافر فيها جميع اركان الجريمة العادية كالأغتيال والسرقة والجريمة يجب الا تحول دون تسليم المجرم] .
- مشار اليه بنفس المراجع المتقدمة .
- (٨٧) - د . مصطفى العوجي ، المرجع السابق ، ٢٣٢ ، راجع رأي سيادته في معيار الباعث الشخصي ص/١٠ من هذا البحث .

المصلحة بين دعوى الإلغاء ودعوى القضاء المدني

للسيد الاستاذ / صابر الرماح
المحامى

أصبح لدعوى الإلغاء أهمية كبرى بحسبانها وسيلة مقررّة للأفراد لمواجهة عسف الجهة الإدارية وخروجها على مبدأ المشروعية الذى يعد حلم كل مشغل بالقانون فى أن تكون للقانون الكلمة العليا فى الدولة وأن يخضع له كل من الحاكم والمحكوم على السواء وتتناول خطة البحث مقدمة عامة فى تعريف دعوى الإلغاء وفى إشتراطات المصلحة فى دعوى الإلغاء وفى مفهوم المصلحة فى الفقه والإجتihad الإداريين ثم ثلاثة فصول الفصل الأول فى طبيعة المصلحة فى طعون الإلغاء والفصل الثانى فى الأحكام العامة للمصلحة ثم الفصل الثالث فى المقارنة بين المصلحة فى دعوى الإلغاء وفى غيرها من الدعاوى .

مقدمة عامة

أولاً : ماهى دعوى الإلغاء ؟

من الدعاوى التى يفصل فيها القضاء الإدارى لأبل من

أهم الدعاوى التى يدخل النظر فيها فى ولاية هذا القضاء الدعوى التى يطلق عليها اسم «دعوى الإلغاء» وفى هذه الدعوى يلتجئ شخص إلى القضاء طالباً الحكم بإلغاء قرار صدر عن سلطة إدارية بحجة أنه صدر مشوباً بعيب يفقده المشروعية التى يجب أن يقوم عليها كل قرار إدارى ولهذا يحلو لبعض الفقهاء وصف دعوى الإلغاء بقولهم (أن دعوى الطعن بسبب تجاوز حدود السلطة ليست دعوى بين خصوم إنها مقاضاة قرار .) أو أنها (ليست خصومة بالمعنى الصحيح بين طرفين إنما هى اختصاص لقرار إدارى بذاته باعتباره وسيلة للمساهمة فى ضمان مشروعية أعمال السلطة الادارية) .

ثانياً : إشتراطات المصلحة فى دعوى الإلغاء :

يقوم جدل فقهي كبير حول إشتراطات المصلحة فى دعوى الإلغاء بوصفها من القضاء

العيني الذى لا يدخل حقوق الأفراد فى حسابه عند كشفه عن العيب الذى شاب القرار المطعون فيه فيرى جانب من الفقه أن إشتراطات المصلحة فى دعوى إلغاء لامسوغ له ويرى آخرون أن استبعاد شرط المصلحة يجعل القاضي حكماً فى نزاع ليس وراء خصم حقيقى فهو كمن يتصدى للحكم من تلقاء نفسه وليس مثل هذا العمل فى مفهوم القضاء بشىء والقاضى يغدو أن فعل ذلك كالرقيب على تصرفات الإدارة كأنه هيئة تعلو السلطة الإدارية درجة وما هو ذلك ولقد حسم المشرع المصرى هذا الخلاف بالنص الصريح على إشتراطات المصلحة وذلك فى المادة ١٢ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢ بشأن مجلس الدولة التى ورد بها (لاتقبل الطلبات الآتية :

أ - الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية) .

على أن الجدل الذى دار

حول اشتراط المصلحة في دعوى الإلغاء أضفى عليها مفهوماً جديداً يختلف عن مفهومها في قانون المرافعات المدنية فجعل منها مجرد فائدة يقرها القضاء^(١) وإن لم ترق في حقيقتها الى درجة الحق أما هذه الفائدة التي تتمثل فيها المصلحة في دعوى الإلغاء فلا يمكن وضع تعريف دقيق لها أو تحديدها تحديداً يفصل بين قيام المصلحة وبين انعدامها وقد استقر الاجتهاد القضائي على أن القضاء مستقل وحده بتقدير المقبول منها وغير المقبول مثبتاً في العديد من الاحكام استطاعته عند تقرير وجود المصلحة في الدعاوى المرفوعة اليه استبعاد الكثير من عيوب اشتراطها وقدرته على تحقيق أهم الفوائد التي يتغنى بها أنصار عدم اشتراطها .

ثالثاً : مفهوم المصلحة في الفقه والاجتهاد الإداريين :

من المتفق عليه بين فقهاء القانون العام أن المصلحة المطلوب توافرها في دعوى الإلغاء يجب أن تكون مصلحة شخصية ومباشرة ومشروعة ولكن ماهو التحديد الدقيق لهذه المصلحة هل تكون المصلحة

مادية تتمثل في ضرر أصاب المدعى في عمله أو وظيفته أو معاشه فحسب أم يمكن أن تكون معنوية أيضاً كأن تكن ناجمة عن تصرف فيه مساس بسمعة المدعى كموظف أمين أو بكرامته كمنتسب الى مهنة خاصة أو فيه مساس بحقوق هيئة أو جماعة ينتسب اليها المدعى وهل يكفي أن يكون المرء فرداً من طائفة معينة أو مجرد مواطن في الدولة ليدعى بوجود مصلحة في طلب إلغاء قرار صادر عن السلطة الإدارية فيها ؟

وهل المصلحة التي كانت قائمة عند رفع دعوى الإلغاء يجب أن تستمر قائمة حتى الفصل في النزاع ؟ وهل يحكم بعدم قبول الدعوى اذا ما افتقد المدعى المصلحة بعد رفعه الدعوى وهل يكفي للقول بوجود المصلحة أن قيامها متصوراً في الايام التالية لرفع الدعوى أى هل يكفي أن تكون المصلحة محتملة أم لابد أن تكون دوماً حالة وقائمة عند رفع دعوى الإلغاء .

الفصل الاول

طبيعة المصلحة في دعوى الإلغاء

استقرت أحكام المحكمة

الإدارية العليا أن (دعوى الإلغاء خصومة عينيه مناطها اختصاص القرار الإداري ذاته استهدافاً لمراقبة مشروعيته لذلك يشترط أن يكون القرار منتجاً أثره عند إقامة الدعوى وأن تخلف هذا الشرط بأن زال ع القرار قبل رفع الدعوى بإلغائه أو بانتهاء فترة تأقيته دون أن ينفذ على أى وجه كانت الدعوى غير مقبولة إذ لم تنصب على قرار إداري قائم ولم تصادف بذلك محلاً) . (طعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢ مبادئ المحكمة الإدارية العليا د . نعيم عطية ص ٢٢) (٢) .

وقضت المحكمة الإدارية العليا أيضاً أن قبول دعوى الإلغاء منوط بتوافر شرط المصلحة الشخصية لرافعها ويستتبع شرط المصلحة الشخصية لكل دعوى إلغاء يكون رافعها في حالة قانونية خاصة بالنسبة الى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعل هذا القرار مؤثراً في مصلحة جدية له وأن اتساع شرط المصلحة الشخصية في دعوى الإلغاء على النحو السابق لا يعنى الخلط بينها وبين دعوى الحسبة (٣) .

(طعن رقم ٦٩١ لسنة ٢٧
جلسة ١٩٨٣/١١/٢٦ المرجع
السابق ص ٢٩ ، ٣٠) .

وإذا كان القضاء الإداري قد سائر القضاء المدني فاشتراط لقبول دعوى الإلغاء توفر المصلحة الشخصية المباشرة إلا أن شراح القانون الإداري قد جروا في هذا الخصوص على التفرقة بين المصلحة في دعوى الإلغاء والمصلحة في دعاوى القضاء الكامل وانتهوا من ذلك إلى أنه إذا كان يكفي في الأولى أن يتوافر مجرد المصلحة الجديده فإنه لا بد في الثانية من أن تعتمد المصلحة على حق شخص .

والذى حدا بالفقه إلى اعتماد هذه التفرقة نظرتة الخاصة إلى طلبات الإلغاء فإنها على خلاف دعاوى القضاء الكامل لا تتعلق بحقوق شخصية ولكنها تعرض على المحكمة نوعاً من الخصومة العينية محلها القرار الإداري المطعون فيه بقصد تحقيق مشروعيته ضماناً لسيادة القانون^(٤) .

وقد سائرت محكمة القضاء الإداري المصرية هذا الاتجاه وأكدت في أكثر من مناسبه أنه

يكفى لقبول طلب إلغاء القرار الإداري توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة في هذا الإلغاء ولا يلزم أن تستند المصلحة على حق ذاتي للطاعن لأن هذه المصلحة تتحقق متى كان الطاعن في مركز قانوني خاص وثيق الصلة بالقرار المطعون فيه بأن تربطه به علاقة مباشرة وهو ما أكدت المحكمة الإدارية العليا فيما قضت به من أن دعوى الإلغاء تختلف بداهة عن دعوى التعويض أركاناً وموضوعاً وحجية وأخص مافى الأمر أنه بينما يكتفى في دعوى الإلغاء بأن يكون رافعها صاحب مصلحة فإنه يشترط في دعوى التضمنين أن يكون صاحب حق أصابته جهة الإدارة بقرارها الخاطيء بضرر يراد رتقه وتعويضه عنه .

ويرى جانب من الفقه وبحق أن طعون الإلغاء من فئة القضاء العيني ولكنها تحمي مصالح خاصة فلهذه الطعون دورها في حماية المصالح الذاتية والمراكز القانونية الخاصة بالأفراد فهي ليست من قبيل دعاوى الحسبة وأنها لا تكون مقبولة مالم تقم بالمدعى حالة قانونية خاصة

تكون متصلة بالقرار المطعون فيه على شكل يجعل هذا القرار مصدراً للإضرار بهذه الحالة القانونية الخاصة ومبرراً لرفع الطعن .

وتأسيساً على ذلك فإنه مهما قيل بأن طعون الإلغاء تمثل مخاصمة عينية للقرار الإداري في ذاته فإنها تقيم كذلك ودون شك نوعاً من الخصومة الشخصية بين الإدارة والطاعن ذلك أن القرار الإداري إذ يقوم في الأصل على أنه إفصاح جهة الإدارة عن إرادتها الملزمة بقصد أحداث أثر قانوني معين فإن كل اختصام لهذا القرار لدى القضاء لا يمكن إلا أن يتضمن في نفس الوقت النعي على إرادة الهيئة العامة التي أصدرته مما لا ينكر معه أن طعون الإلغاء تثير خصومة قضائية بين مدعى ومدعى عليه بين مصلحة خاصة من ناحية يمثلها الطاعن ومصلحة عامة من ناحية أخرى تمثلها الإدارة في القرار المطعون عليه .

واستعرض تاريخ القضاء الإداري بل وتاريخ طعون الإلغاء بوجه خاص يمكن أن يؤكد أن طعون الإلغاء قد

نظمت في القانون كوسيلة من وسائل ممارسة الرقابة على الادارة حتى تحترم القانون في مواجهة الغير من المتعاملين معها صيانة لحقوق هؤلاء وحررياتهم من أن تعتدى عليها السلطات العامة عن خلاف القانون .

ومعنى ذلك أنه يجتمع في طعون الالغاء جانب عيني يتمثل في قيام هذه الطعون على فكرة حماية مبدأ المشروعية وجانب شخصي يتمثل في ذاتية المصالح والمراكز القانونية التي تحميها هذه الطعون والتي لا تكون مقبولة لدى التقاضي بدونها فهي إذن دعاوى من طبيعة مختلطة تجمع بين الجانبين العيني والشخصي .

الفصل الثاني

الاحكام العامة للمصلحة

أولا : المصلحة والصفة :

يجمع غالبية شراح قانون المرافعات على أن شروط قبول الدعوى هي الحق والمصلحة والصفة والأهلية .

ولا خلاف فيما يتعلق بشرطى الحق والأهلية أما بالنسبة لشرطى المصلحة

والصفة فقد اختلف الفقهاء في مدلولها فمنهم من يعتبرهما شرطين منفصلين ومنهم من يعتبر الصفة شرطا في المصلحة .

ولهذا الخلاف بين الشراح في تعريف الصفة سببا الأول أن لكلمة الصفة معان غير محددة فقد يقصد بها المصلحة الشخصية وهذا معنى قول الفقهاء أن صاحب الصفة هو صاحب الحق المدعى به .

وقد يقصد بالصفة سلطة استعمال الدعوى ومباشرتها وهذا المقصود بقول الفقهاء «أن صاحب الصفة هو من يمثل صاحب الحق المدعى به» .

والسبب الثاني يرجع الى غموض شروط قبول الدعوى الى حد أنها اختلفت بشروط استعمالها ومباشرتها مع أن هذا التمييز بينهما متعين لأن الدعوى قد تكون لشخص لانه صاحب الحق وتكون سلطة مباشرتها لسواه كالوصي لأن الأصل قاصر فالمصلحة وهي الحاجة لحماية القانون لحق من الحقوق هي شرط لقبول الدعوى والصفة بمعنى السلطة أو الأهلية هي شرط لمباشرة الدعوى ويرجع

الخلاف بين مدلول المصلحة والصفة في مجال الدعوى العادية الى أن المصلحة في هذه الدعوى يجب أن تستند دائما الى حق تجب حمايته لأن الدعوى في الحقيقة هي من توابع الحق وليس رافع الدعوى دائما هو صاحب الحق أما في مجال دعاوى عليه ولهذا فإن مدلول المصلحة والصفة يندمجان في مجال دعوى الالغاء بحيث تقتصر شروط دعوى الالغاء فيما يتعلق برفعها على شرطين هما الأهلية العادية للتقاضى ثم المصلحة أو الصفة ونرى من الأفضل عدم استخدام لفظ صفة منعا للبس .

وهذا ما أوضحته محكمة القضاء الادارى في مصر في السنوات الاولى لانشائها اذ قضت بأنه (ومن حيث أن الصفة في دعوى إلغاء القرارات الادارية لمجاوزة حدود السلطة تندمج في المصلحة فتتوافر الصفة كلما كانت هناك مصلحة شخصية مباشرة مادية أو أدبية لرافع الدعوى في طلب إلغاء القرارات المذكورة سواء كان رافع الدعوى هو الشخص الذى صدر بشأنه القرار

المطعون فيه أم غيره حيث أن هذه القاعدة المتقدمة مؤسسة على طبيعة هذه الدعاوى من أنها دعاوى عامة موضوعية القصد منها تصحيح الحالات القانونية بإزالة كل أثر قانوني للقرارات الإدارية غير المشروعة والمخالفة للقانون «حكم القضاء الإداري ١٥ ديسمبر سنة ١٩٤٨ القضية رقم ١٩ لسنة ١٢ ق مجموعة الأحكام السنة الثالثة ص ١٧٢».

ثانياً : المصلحة شرط لقبول الدعوى والغبرة بتوافرها عند رفع الدعوى :

من الأمور المقررة أنه يجب توافر المصلحة عند رفع دعوى الإلغاء أى يوم رفعها والاقضت المحكمة بعدم قبول هذه الدعوى^(٥). ولكن هل يجب أن تستمر المصلحة منذ يوم رفع الدعوى لحين الفصل فيها بمعنى هل يتعين أن يظل شرط المصلحة قائماً حتى صدور الحكم فى الدعوى ؟

تضاربت أحكام القضاء الإداري المصري فى هذا الخصوص فذهب بعض الأحكام الى تقرير ضرورة توافر المصلحة وقت رفع دعوى الإلغاء وضرورة

استمرارها ووجودها ما بقيت الدعوى قائمة لكونها شرط مباشرة الدعوى وأساس قبولها فإذا كانت هذه المصلحة منتفية من بادىء الأمر أو زالت بعد قيامها أثناء سير الدعوى كانت الدعوى غير مقبولة^(٦) ذلك أن المدعى فى نظر هذا الرأى يصبح غير ذى صفة تخول له الإستمرار فى الدعوى وتصبح الدعوى غير ذات موضوع وتصبح ولا مصلحة للمدعى فى السير فيها مادام أن الآثار التى ترتبت على القرار المطعون فيه قد زالت^(٧) وذهبت ببعض الأحكام الى تقرير رأى عكس يخالف ما ذهبت اليه الأحكام السابق بيانها ورأى هذه القضاء العكس .

ان المصلحة فى اقامة الدعوى تتقرر بحسب الوضع القائم عند رفعها ولا تتأثر بما يجد بعد ذلك من أمور وأوضاع والمدعى وقت صدور القرار المطعون فيه كان عاملاً فى الخدمة ومن ثم تكون له مصلحة فى اقامة دعواه بطلب الغاء لايؤثر على مصلحته فى ذلك بلوغه التقاعد فيما بعد^(٨).

كما أكدت محكمة القضاء

الإدارى وجهة نظرها هذه بإعلان أن مناط تقرير مصلحة المدعى فى الدعوى انما يتحدد بتاريخ رفعه لدعواه لا بتاريخ صدور الحكم فيها .

والراجح أن الرأى الثانى القائل بأن مناط المصلحة وقت رفع الدعوى فقط دون اشتراط استمرار تحقيقها أثناء سير الدعوى حتى الفصل فيها هو ما يتفق والطبيعة الموضوعية لدعوى الإلغاء على اعتبار أنها دعوى مشروعية تقوم على مخاصمة القرار الإداري المطعون فيه بحيث تقف عند حد التحقق من مدى موافقة هذا القرار لمجموعة القواعد القانونية ويكون الحكم فيها ذا حجية مطلقة تنصرف الى الكافة هذا على أن مساندة الرأى الأول إنما تعنى إسدال الحماية على قرارات صدرت مخالفة للقانون^(٩).

ثالثاً : يجب أن تكون المصلحة شخصية ومباشرة :

ومعنى ذلك أن يكون رافع الدعوى فى حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون عليه من شأنها أن يجعله مؤثراً تأثيراً مباشراً فى مصلحة شخصية له .

ومن ثم تتوافر المصلحة الشخصية المباشرة إذا مس القرار المطعون فيه حالة قانونية خاصة بالطالب وتطبيقاً لذلك قضت محكمة القضاء الإداري أنه يكفي لقبول طلب إلغاء القرار الإداري توافر شرط المصلحة الشخصية المباشرة مهما كانت صفة رافع الدعوى بالنسبة إلى القرار المطعون فيه لأن طلب إلغاء القرارات الإدارية لمجاوزة السلطة هو طعن موضوعي عام ومبنى على المصلحة العامة التي يجب أن تسود الأعمال الإدارية والقصد منه مخاصمة القرار الإداري غير المشروع في حد ذاته لإبطاله فقضاء الإلغاء قضاء موضوعي لا يتطلب في كل من يلجأ إليه أن يكون صاحب حق بل يكفي أن يكون ذا مصلحة شخصية مباشرة في إلغاء القرار الإداري المطعون فيه^(١٠).

وإذا كان يشترط أن يؤثر القرار المطعون فيه تأثيراً مباشراً في مصلحة الطاعن الشخصية فإن ورثة الطاعن لا يمكن لهم الاستمرار في دعوى مورثهم ما لم تكن لهم مصلحة شخصية مباشرة في طلب الإلغاء ذلك أن مثل هذا

الحق لا يورث وأنه يجب أن يمس القرار المطعون فيه حالة قانونية خاصة لكل منهم تجعل له مصلحة شخصية ومباشرة في طلب الغائه^(١١) كما قضت محكمة القضاء الإداري أنه لا يلزم لقبول الدعوى أن يكون المدعى ذا حق وأنه تكفي المصلحة الشخصية المباشرة مادية كانت أو أدبية في طلب الإلغاء بأن يكون في حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار من شأنها أن تجعله يؤثر فيها تأثيراً مباشراً.

رابعاً : المصلحة المحققة والمصلحة المحتملة :

إذا نظرنا في مجال الدعاوى المدنية والتجارية نجد أن قانون المرافعات يشترط أن تكون المصلحة قائمة يقرها القانون كقاعدة عامة فتتضمن المادة ٣ مرافعات ولا يقبل أي طلب أو دفع لا تكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون ومع ذلك تكفي المصلحة المحتملة إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه .

ويشترط القيام هذه المصلحة ثلاثة شروط :

أولاً : أن يوجد حق أو مركز قانوني :

فحيث لاحق لدعوى وأن توجد قاعدة قانونية تحمي هذا الحق أو المركز فإذا لم يكن هنا وجود لمثل هذه القاعدة القانونية فلا ينشأ الحق في الدعوى كأن يطالب شخص آخر بإلزامه بأداء دين قمار .

ثانياً : اعتداء على الحق أو المركز القانوني

أي أن يحدث ما يحرم المدعى من المنافع التي يحصل عليها من هذا الحق أو المركز القانوني مما يوجب تدخل القضاء لحمايته بتطبيق جزاء القاعدة القانونية .

ثالثاً : الصفة :

يقصد بالصفة كشرط في الدعوى أن تنتسب الدعوى إيجاباً لصاحب الحق في الدعوى وسلباً لمن يوجد الحق في الدعوى في مواجهته فهو تمييز للجانب الشخصي للحق في الدعوى .

فإذا توافرت الشروط السابقة من حق أو مركز قانوني - اعتداء يحرم صاحبه من منفعة بحيث يحتاج لحماية القضاء - صفة نشأت له

مصلحة في الحصول على حماية قضائية لرد هذا الاعتداء أى نشأت مصلحة في الدعوى وبعبارة أخرى نشأ له الحق في الدعوى أما إذا تخلف أحد هذه الشروط فلا يوجد هذا الحق (١٢).

وبالنسبة لدعوى الإلغاء ليس من الضروري أن تستند المصلحة التي تبرر قبول دعوى الإلغاء إلى حق ولكنها من ناحية أخرى ليست تلك المصلحة العامة في أن تلتزم الإدارة حدود المشروعية التي يشترك فيها جميع المواطنين بل يجب أن تكون تلك المصلحة شخصية وأقصى ما وصل إليه قضاء مجلس الدولة سواء فرنسا أو في مصر من حيث وضع معيار لتحديد المصلحة الشخصية قوله أن طالب الإلغاء يجب أن يكون في حالة قانونية خاصة أثر فيها القرار المطلوب الغائه تأثيراً مباشراً.

وهذا هو المعنى بل وذات الألفاظ التي يريدها مجلس الدولة المصري في أحكامه (١٣) ومنها على سبيل المثال قوله في حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في ٢٧ فبراير سنة ١٩٥٨ أن

المصلحة في رفع دعوى الإلغاء تتوافر عند ما يكون رافعها في حالة قانونية أثر فيها القرار المطلوب الغاؤه تأثيراً مباشراً وتستعمل المحكمة الإدارية العليا صيغة مقاربة فهي تقول مثلاً «أن المصلحة في دعوى الإلغاء إنما تستند بمقومات وجودها من مركز خاص لصاحب الشأن يربطه بالقرار محل الطعن رابطة يكون من شأنها أن يترتب على هذا القرار المساس بمركزه القانوني».

ومن ثم يبين أنه في دعاوى العادية لكي تقبل الدعوى كقاعدة عامة يجب أن يكون لرافعها مصلحة قائمة أو حالة وقت رفع الدعوى.

ثم جعل المشرع المصلحة المحتملة كافية لقبول الدعوى في حالات استثنائية مناط توافرها إذا كان الغرض من الطلب الاحتياط لدفع ضرر محقق أو الاستيثاق لحق يخشى زوال دليله عند النزاع فيه/م ٣ مرافعات.

وفي دعاوى الإلغاء توسع القضاء الإداري المصري في هذا الخصوص فأجاز المصلحة المحتملة لقبول

دعوى الإلغاء إذ قرر بأنه يكفي أن يمس القرار المطعون عليه مصلحة مادية أو أدبية للمدعى ولو كانت مصلحة محتملة (١٤).

الفصل الثالث

المقارنة بين المصلحة في دعوى الإلغاء وفي غيرها من الدعاوى

من المقرر أن المصلحة شرط أساسي لقبول جميع الدعاوى سواء رفعت إلى القضاء العادي أو إلى القضاء الإداري. فالمادة ٣ مرافعات تقرر بأنه لا يقبل أى طلب أو دفع لا يكون لصاحبه فيه مصلحة قائمة يقرها القانون، وهي القاعدة التي نصت عليها المادة ١٢ من القانون ٤٧ لسنة ١٩٧٢. الخاص، مجلس الدولة والتي تمنع قبول الطلبات المقدمة من أشخاص ليست لهم فيها مصلحة شخصية.

وإذا كان من المتفق عليه في قانون المرافعات أن المصلحة التي تبرر قبول الدعوى يجب أن تستند إلى حق اعتدى عليه أو مهدد بالاعتداء عليه فإن المصلحة في دعوى الإلغاء لا يشترط

فيها أن تستند الى حق لرافعها اعتدت عليه السلطات العامة أو مهدد باعتدائها عليه وهذه التفرقة ترجع الى الطبيعة العينية أو الموضوعية لدعوى الإلغاء حيث يدور النزاع فيها حول مشروعية القرارات الإدارية في ذاتها وهو مجال لا يتمتع فيه الأفراد بحقوق شخصية على الرأي الغالب بل لهم مصلحة لاترقى الى درجة الحق ولهذا فان القضاء الإداري يكتفى بهذه المصلحة لقبول دعوى الإلغاء اذ أن قضاء الإلغاء قضاء موضوعي أو عيني يدور النزاع فيه حول مشروعية القرارات الادارية وهو مجال لا يتمتع فيه الافراد بحقوق شخصية ولا يقتضى بحكم اللزوم أن تستند المصلحة فيه الى حق اعتدى عليه بل يكون الطاعن في مركز قانوني خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة إلى القرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مادام قائماً مؤثراً في مصلحة ذاتية للطالب تأثيراً مباشراً ومن ثم فإن الرأي الراجح ترتيياً على ذلك يذهب الى أن دعوى الإلغاء ليست من دعاوى الحسبه لانه يشترط في الطاعن أن يكون في مركز

قانوني خاص أو حالة قانونية خاصة بالنسبة للقرار المطعون فيه من شأنها أن تجعله مادام قائماً مؤثراً في مصلحة ذاتية للطالب تأثيراً مباشراً^(١٥).

ويكفى أن يمس القرار المطعون عليه مصلحة مادية أو أدبية للطاعن ولو كانت مصلحة محتملة.

ولا يشترط أن تستند هذه المصلحة الى حق اعتدى عليه أو يكون مهدداً بالاعتداء عليه بخلاف الدعاوى العادية اذ يشترط أن تستند المصلحة فيها الى حق اعتدى عليه فعلاً أو أن يكون مهدداً بالاعتداء عليه وهو ما يميز المصلحة في دعوى الإلغاء عن الدعاوى المدنية والتجارية أن دعوى التعويض عن قرار معيب

يكتفى القضاء الإداري لحكم بوجود المصلحة في دعوى الإلغاء أن تكون للمدعى فيها مجرد فائدة مادية أو معنوية بطلب الغاء قرار إداري ما إلا أنه يتشدد في قبول طلب التعويض عن القرار نفسه ويتطلب أن يكون المدعى صاحب حق أضربه هذا القرار وفي دعاوى العقود الادارية

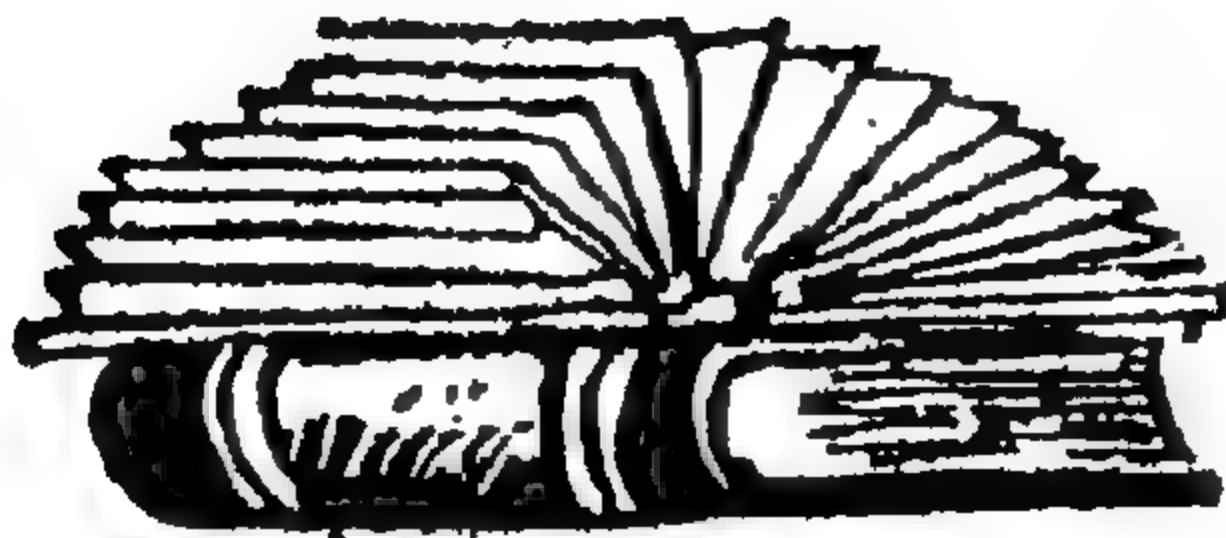
ودعاوى التعويض الأخرى لا يختلف مفهوم المصلحة عن الدعاوى المدني والتجارية .

والقاضي الإداري في هذه الدعاوى أكثر اتجاهاً منه في غيرها نحو التقيد بالإجراءات المدنية كلما افتقد النصوص الإدارية الملزمة وهو أكثر اهتماماً بمواقف الخصوم وأكثر رعاية لقواعد الإثبات المدنية وسماعاً لإيضاحات الطرفين المتنازعين ولهذا كانت المصلحة في المنازعات المذكورة محدودة بالحق المالي الذي يدعى به ويستطاع اثباته وأما الحقوق التي لم تتكامل عناصرها لتصبح قابلة للتعيين أو للتقدير بمبلغ من المال فلا تدخل في مفهوم المصلحة في مجال القانون العام^(١٦).

ومن ثم يبين التمييز الواضح للمصلحة في دعوى الإلغاء عن غيرها من الدعاوى .

مواش

- (١) د . عدنان الخطيب الإجراءات الإدارية ص ١٥١ .
- (٢) مبادئ المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ١٠٦٢ لسنة ٧ ق جلسة ١٩٦٨/٣/٢ .
- (٣) مبادئ المحكمة الإدارية العليا طعن رقم ٦٩١ لسنة ٢٧ ق جلسة ١٩٨٣/١١/٢٦ .
- (٤) القضاء الإدارى د . سليمان الطماوى ص ٥٣٨ .
- (٥) القضاء الإدارى ورقابته لأعمال الإدارة د . محسن خليل ص ٦٧٠ .
- (٦) القضية رقم ١٧١٦ لسنة ٧ ق مجموعة المبادئ القانونية ص ٢٤٣ .
- (٧) القضية رقم ٦٦٤ لسنة ٧ ق مجموعة المبادئ القانونية ص ٤٣١ .
- (٨) الطعن رقم ١٣٢٣ لسنة ٧ ق مجموعة مبادئ القضاء الإدارى سنة ٩ ص ٣٩٠ .
- (٩) القضاء الإدارى د . مصطفى أبو زيد فهمى ص ٣٠٢ - ٣٠٤ .
- (١٠) الطعن رقم ١١٢ لسنة ٦ ق مجموعة مبادئ القضاء الإدارى سنة ٩ ص ١٠٢ ، طعن رقم ٢٥ لسنة ١٤ ق جلسة ١٩٧٤/١/٢٠ .
- (١١) حكم محكمة القضاء الإدارى فى القضية رقم ٢١١ لسنة ١ ق .
- (١٢) قانون القضاء المدنى د . فتحى والى ص ٦٩ .
- (١٣) القضاء الإدارى د . سليمان الطماوى ص ٥٢٤ .
- (١٤) الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٣ ق ص ٤ ص ٣٧٩ .
- (١٥) طعن ١٨ نوفمبر سنة ١٩٥٦ محكمة القضاء الإدارى السنة ١١ ص ٢٧ .
- (١٦) حكم محكمة القضاء الإدارى ١٩٤٧/٥/٢٠ السنة الأولى ص ٣٠٤ .



الشروع في الجريمة

البدء في التنفيذ

للسيد الأستاذ / عبد العاطي عبد المقصود بدر حماد
المحامى

فكرة عامة :

الشارع ينص على كل جريمة موضحا العمل المادى المكون لركنها الواقعى فاذا ما أتى الجانى تصرفا منطبقا على صورة الجريمة كما عرفها القانون عد مرتكبها للجريمة فى اكمل صورة ولكن الشارع يعمل فوق هذا حسابا للصورة أو الصور التى لا يصل فيها الجانى بنشاطه الى حد تنفيذ الجريمة تنفيذا كاملا ذلك لان ارتكاب الجريمة ذات النتيجة قد يتطلب بضع مراحل منذ بدء التفكير فيها حتى تمام تنفيذها وقد تتدخل بعض العوامل أو الظروف التى تحول بينه وبين تحقيق مأربه فلا تتم الجريمة ولا تتحقق أثارها التى يتطلبها المشرع وعندئذ يقال أن الجريمة فى مرحلة الشروع فالشروع مرحلة من مراحل الجريمة لاجقه على التحضير لها وسابقة على تمامها بمعنى انها تشغل حيزا ذا حدين الأدنى منها هو القدر اللازم من

السلوك الذى يسمح بدخول الجريمة فى مرحلة الشروع أما الأقصى فهو الذى يستلزم انتفاء النتيجة بمعناها المادى . فالمشروع الاجرامى لا ينفذ دفعة واحدة انما يسبق التنفيذ عادة مراحل تمر بها الجريمة . واذا كانت الجريمة تتابع فيها خطوات الجانى بافعال منها ما يوصف بأنه عمل تحضيرى ومنها ما يوصف بأنها بدء فى التنفيذ فكيف نفرق بين هذين النوعين من الأعمال ؟ وهل هناك ضابط يعين الحد بينهما ؟

المدرسة الكلاسيكية الأولى بزعامه بكاريا أجابت على هذا السؤال بأنه تأسيسا على مبدأ مادية الواقعة الاجرامية لاعتقائهم الا على الأفعال أى أوجه النشاط المادى ومن ثم فلا تجريم لمجرد النوايا الاجرامية وتأسيسا على مبدأ المصلحة أو المنفعة فى التجريم والعقاب فان التناسيب أمر لازم بين مقدار العقاب

ومقدار الضرر الناشئ عن الواقعة الاجرامية ومن ثم فانه لا عقاب على الاعمال التحضيرية التى لا تحدث ضررا وكذلك فان الاعمال التى تعتبر شروط فى الجريمة لانها تمثل بدءا فى تنفيذها يجب ان يقل عقابها عن عقاب الجريمة التى تم نفاذها .

وقد ثبت المدونة العقابية النابليونية كل هذه المبادئ والنتائج .

ويتضح من ذلك أن «البدء فى التنفيذ» هو الحد الفاصل بين الاباحة والتجريم وتحديد مدلوله يقتضى تناول مراحل الجريمة حيث لابد من تتبعها لتبين مظاهر الخطر فى اطوارها المختلفة وموقف المشرع منها ومراحل الجريمة فى التفكير فيها والتصميم عليها ثم التحضير لها ثم البدء فى تنفيذها . واستقراء مراحل الجريمة يقتضى منا اولا بيان تعريف الشروع وعلة العقاب عليه ثم

بيان الشروع في الجريمة
الاسلامية .

ولما كان موضوع بحثنا
في «البدء في التنفيذ» يتناول
موقف الفقه والقضاء من
معيار البدء في التنفيذ لذلك
فإننا سنقتصر ببيان الشروع
ومراحل الجريمة السابقة على
البدء في التنفيذ بإيجاز في
مقدمة البحث ثم نتناول في
الباب الأول البدء في التنفيذ
وفقا للمذهب المادى حيث
نتناول في الفصل الأول
مضمون المذهب وفى الفصل
الثانى تقييم المذهب وفى الباب
الثانى نتناول البدء في التنفيذ
وفقا للمذهب الشخصى
ويتضمن الفصل الأول
مضمون المذهب والفصل
الثانى تقييمه وفى الباب الثالث
نتناول موقف القضاء حيث
يتضمن الفصل الأول موقف
القضاء المصرى وفى الفصل
الثانى موقف القضاء
الفرنسى .

ثم نختم البحث بخلاصة
عامة نتناول الرأى الذى
نرجحه فى موضوع بحثنا ..

مقدمة

تعريف الشروع :

عرفت غالبية القوانين
الجنائية الشروع بأنه البدء في

تنفيذ فعل بقصد ارتكاب
جريمة فاشتراطت بذلك
لتوافره أن يكون فعل الجانى
هو بدءا فى التنفيذ ولكن هذه
القوانين لم تبين ماهو المقصود
بهذه العبارة ولم تحدد صراحة
أو ضمنا الفعل الذى به يتوافر
البدء فى التنفيذ . وقد سلك هذا
الاتجاه المشرع المصرى الذى
عرف الشروع فى المادة ٤٥
من قانون العقوبات بأنه
«الشروع هو البدء فى تنفيذ
فعل بقصد ارتكاب جناية أو
جنحة اذا أوقف أو خاب أثره
لأسباب لا دخل لارادة الفاعل
فيها» ولم يحدد ماهية البدء فى
التنفيذ حتى يمكن التمييز بين
الاعمال التنفيذية والاعمال
التحضيرية .

علة العتاب على الشروع :

ان الغرض فى حالة
الشروع هو ان هناك واقعة
مادية مسنده الى شخص
«متهم» وأنه ثابت أن المتهم
بهذه الواقعة كان متعمدا
ارتكاب جريمة محددة ولكنه لم
يبلغ غايته منها حيث لم تقع
النتيجة الاجرامية التى ينصب
عليها التجريم والعقاب والتى
يتمثل فيها فعل الاعتداء وهو
علة العقاب على الجريمة
التامة .

ولذلك يقوم تجريم الشروع
على علة أخرى هى حماية
الحق من الخطر الذى يهدده
فالأفعال التى يقوم بها الشروع
من شأنها احداث الاعتداء
ولدى مرتكبها فيه احداثه .
والحماية الكاملة للحق مقتضية
وقايته من كل صور
الاعتداء . وبعد تجريم
الشروع والعقاب عليه نوعا
من التوسع فى المسؤولية
الجنائية وخروجا على القواعد
الجامعة لان الشروع يفترض
تخلف النتيجة الاجرامية وهى
احد عناصر الجريمة وكان
ذلك مقتضيا عدم توقيع
العقاب .

الشروع فى الجريمة الاسلامية :

لاتعاقب الشريعة الاسلامية
على الشروع فى ارتكاب
الجرائم الا اذا كون جريمة
قائمة بذاتها فالشروع فى
جنايات الحدود لا يعتبر
جريمة تستوجب الحد الا أن
ذلك لا يعنى أن تظل هذه
الاعمال بمنأى عن العقاب
فجنايات الحدود والقصاص
جميعا تامة وان الشروع فيها
لا يعاقب عليه بحد أو قصاص
وانما يصح ان يكون جريمة
تعزيرية تامة ولكن فقهاء
الشريعة الاسلامية لم

يتعرضوا لذكر الشروع في الجريمة وبالتالي لا يوجد بالشريعة الاسلامية نص صريح بالعقاب عليه .

مراحل الجريمة التي لا يعاقب القانون عليها :-

أولا : مرحلة التفكير في الجريمة والتصميم عليها :-

من مبادئ الحرية الفردية أن يترك الشارع الافراد وشأنهم فيما يفكرون أو يعتقدون فلا يتدخل بالعقاب على مايدور في الأذهان أو يجيش بالصدور من الافكار أو الاحساسات مادام ذلك لم يتخذ وسيلة الى الحيز الخارجي في صورة ضارة . فهذه مرحلة نفسية للجريمة اذ الجريمة محض فكرة أو مجرد ارادة تظل داخل المحيط العقلي ولا عقاب على هذه المرحلة ولو ثبت التفكير على نحو لاشك فيه وقد صرح الشارع بذلك فقضت الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون العقوبات انه لا يعد شروعا في الجناية أو الجنحة مجرد العزم على ارتكابها أو الاعمال التحضيرية لذلك والعلة في عدم العقاب واضحة .

ان كل صور الجريمة ولو كانت مجرد شروع تتطلب

ركنا ماديا ويقضى هذا الركن فعلا والفعل يقوم على حركة عضوية ولا وجود لذلك حينما تكون الجريمة محض فكرة أو مجرد ارادة . وبالإضافة الى ذلك فان عدم العقاب على هذه المرحلة تشجيع على العدول عن تنفيذ الجريمة حتى لا يكون العقاب على مجرد النية حافزا على الاسراع في تنفيذها ذلك لان كل ما يفكر فيه الانسان أو يعقد العزم عليه ليس ماله حتما الى التنفيذ .

كذلك ان الجريمة في مرحلة التفكير دفينة بالنفس خافية عن الناس ولذلك فان العقاب على هذه المرحلة يعتبر لغوا لا فائدة منه وبالإضافة الى ذلك اذا كان الجاني يتمتع بالاعفاء المقرر قانونا في حالة العدول عن الجريمة بعد البدء في التنفيذ فانه يتمتع من باب أولى اذا عنها وهي لا تزال في مرحلة التفكير .

ولكن اذا لجأ الجاني الى التعبير عن افكاره وتتضمن هذا التعبير خطرا على المجتمع فان المشرع يتدخل بالعقاب لان الجاني لم يقف عند مرحلة التفكير أو التصميم بل جاوزها الى مرحلة التنفيذ

الكامل ومثال ذلك التحريض وجريمة الاتفاق الجنائي وجريمة التهديد . ولا يعاقب الشارع على هذه الافعال باعتبارها شروط ولكن يعاقب عليها كجرائم مستقلة قائمة بذاتها مادام ركنها المادي لا يزيد على مجرد فعل أو حركة أو قول اما ان يقع دفعة واحدة فيتم تنفيذ الجريمة اما ان لا يقع فلا جريمة على الاطلاق فالركن المادي في هذه الجرائم يتمثل في خطوة واحدة منها بداية الجريمة ونهايتها فان خطاها الجاني فقد تمت الجريمة وان لم يخطها فلا شيء على الاطلاق يصح اعتباره شروعا .

ثانيا : مرحلة التحضير للجريمة :

تتخذ هذه المرحلة ثوبا ماديا يختلف عن الثوب الذي تتخذه مرحلة التفكير فهذه المرحلة تقتضي من الجاني مباشرة اعمال مادية للاستعداد نحو تنفيذ الجريمة والتحضير لها واعداد مايلزم لها .

ومن قبيل الاستعداد للجريمة ممارسة الجاني لبعض التدريبات التي تزيد من مهارته في ارتكاب الجريمة اما الاعداد للجريمة فيقصد به

كافة اعمال التحضير المادى وتتضمن قيام الجانى بتجهيز وسائل تنفيذ الجريمة كسواء السلاح أو تجهيز المادة السامة .

وتشمل الاعمال التحضيرية كذلك كل فعل يضع به الجانى نفسه فى الموضع الذى يمكنه من اقدام بعد ذلك على تنفيذ الجريمة كاتخاذ مكانا فى عربة النقل العام لسرقة بعض مستقليها . والقاعدة الا عقاب على هذه الافعال وقد صرح بذلك المشرع المصرى فى الفقرة الثانية من المادة ٤٥ من قانون العقوبات وعلة ذلك : ان الاعمال التحضيرية لا ترتبط بالجريمة الا برابطة فكرية فى ذهن الجانى وهى رابطة غير ظاهرة . كما انها اعمال مبهمة تحتمل اكثر من تأويل ولذلك لا تفصح بوضوح عن قصد الجانى فشراء سلاح قد يدل على اتجاه الى جريمة ولكنه قد يدل على اتجاه الى استعماله فى الدفاع عن النفس كذلك ان الاعمال التحضيرية لا تدل على عزم الجانى عزم نهائى على ارتكاب الجريمة فهى اعمال بعيدة عن ارتكاب الجريمة كما انها بمثابة الشرع فى البدء فى التنفيذ

فيكون العقاب عليها فى الواقع عقاب على الشرع فى الشرع وهذا امر غير جائز قانونا . وبالإضافة الى ذلك ان من باب حسن السياسة عدم العقاب عليها حتى يحدث من يفكر فى ارتكاب الجريمة واخذ يعد لها العدة على عدم المضى فى مشروعيه الاجرامى لأنه اذا كان العقاب يتهده حتى فى حالة التحضير للجريمة لما وجد ما يغريه بالعدول عنها . كما أن العمل التحضيرى لا ينطوى على حظر يهدده وحق أو مصلحة .

وحيث يرى المشرع ان عملا من هذه الاعمال يهدد حق او مصلحة ويتضمن خطر بالمجتمع يتدخل بالعقاب عليها ليس بوصفها شروع فى الجريمة ولكن باعتباره جريمة قائمة بذاتها مثال ذلك تجريم حيازة السلاح بدون ترخيص وتقليد المفاتيح .

وخلاصة ذلك ان المشرع المصرى اباح الاعمال التحضيرية كقاعدة عامة مع العقاب على الاعمال الخطرة منها بنصوص خاصة كذلك لا يعتبر الشارع المصرى الفعل مشروع الا اذا كان بدء فى تنفيذ فعل .

الا ان هذه العبارة فتحت الباب واسعا للاجتهادات الفقهية - المدرسية منها والقضائية - بغرض تحديد مدلولها .

وهكذا ألقى المشرع على عاتقه الفقه عبء ايجاد ضابط التفرقة بين ما يعد من الافعال بدءا فى تنفيذ الجريمة أى شروط وما يعد عملا تحضيريا وصعوبة التمييز راجعة الى ان الافعال فى حالتى التحضير للجريمة والبدء فى تنفيذها من قبيل الاعمال المادية أو المظاهر الخارجية فكيف اذن يكون التمييز بينهما ؟

مثال : حالة ضبط النشال ويده فى صدر المجنى عليه يمسك حافظة نقوده .

ومن يضرب ببندقيته على آخر بقصد قتله . أو يضع سلما على جانط جاره .

فهذه الافعال تتراوح بين اعمال التحضير واعمال البدء فى التنفيذ ولا يمكن الجزم فيها بغير ضابط . وقد وجدت فى الفقه عدة ضوابط يمكن ردها الى مذهبين :

الأول : موضوعى وينادى به الفقه الألمانى منذ القرن التاسع عشر .

الثاني : شخص وينادى به
الفقه الايطالى للمدرسة
الوضعية .

الباب الأول

البدء في التنفيذ ، فقا
للمذهب الموضوعي

تقسيم :

ينادى بهذا المذهب الفقه
الألماني منذ القرن التاسع
عشر ويرى أن العقوبة هي
جزء الاضطراب الاجتماعي
الذي أحدثه الجاني مما مقتضاه
ارتكاب الجاني افعالا مادية
تحدث هذا الاضطراب .

وسوف نتناول في الفصل
الأول مضمون المذهب
الموضوعي ثم نتناول في
الفصل الثاني تقييم المذهب
بالشرح والتفصيل .

الفصل الأول

مضمون المذهب
الموضوعي

أوجت النظرية التقليدية الى
انضامها من شارحي نصوص
المدونة النابليونية والمدونات
التي نقلت عنها بضابط أو
معياري مادي يقوم على ان
العامل المهم في الجريمة هو
الفعل المادي الذي يرتكب وما
يترتب عليه من ضرر

ويعتبرون ان الضرر هو
المحور الرئيسي الذي تدور
حوله سياسة المشرع في
التجريم والعقاب فالعدالة في
تقديرهم لاتوجب عقاب الجاني
الا اذا ارتكب افعال مادية
تؤدي الى الاضرار بالمضالحي
والحقوق الذي يحميها القانون
وعلى قدر الضرر يتحدد كم
العقاب فاذا انعدم نهائيا فلا
يكون ثمة وجه للعقاب على
الاطلاق .

ويبررون ذلك بالخطر
الناجم عن فعل الجريمة لما
يترتب عليه من اضطراب في
أمن المجتمع فالضرر والخطر
يبرران عقاب الجاني ولذلك
يتطلبون للبدء في تنفيذ
الجريمة افعالا خطيرة ذاتها
وللمتهم اختلفوا في صياغة
معياري يعبر عن وجهة نظرهم
فأدلو بعدة آراء نجهل أهمها
فميا يلي :-

أولا : ان النشاط الارادي
للمتهم - العمل - لا يكون من
قبيل البدء في الا اذا مثل جزءا
ولو ضئيلا من التنفيذ لمادية
الجريمة .

بمعنى آخر أن الفعل لا
يدخل في دائرة التنفيذ الا اذا
اصاب به الفاعل الركن المادي

في الجريمة كما عرفه
القانون .

وتطبيق هذا الرأي يقتضي
تحديد الفعل الذي ينص عليه
القانون في تعريفه جريمة
معينة والتحقق من أن الجاني
قد بدأ في ارتكاب هذا الفعل
فهو ان لا يتطلب غير
الرجوع الى نص القانون
وتعيين الفعل الذي يجرمه
والتحقق من بدء الجاني فيه ،
فالشروع في القتل لا يقوم الا
اذا بدأ الجاني في ارتكاب فعل
الاعتداء على الحياه ،
والشروع في السرقة لا محل
له الا اذا ، بدأ الجاني في اتيان
فعل الاختلاس لان من اركان
السرقة كما عرفها القانون
اختلاس المال وهو ذلك الفعل
المادي الذي ينتقل به الشيء
من حيازة مالكه الى حيازة
سارقة وعلى ذلك لا يكون
سعي المتهم مشروع الا اذا
كان قد بدأ في تنفيذ هذا الفعل
ذاته ، كأن يضبط وهو مازال
يمد يده الى المال ليختلسه .

بناء على ذلك يمكن تمييز
اعمال البدء في التنفيذ عن
الاعمال التحضيرية لان
الاخيرة خلاف الاولى ليست
من الأفعال المكونة للجريمة
وانما هي افعال سابقة لها ،

ويوضح في ذلك بان الفعل التحضيرى ليس فيه من الجريمة وليس جزء منها بل هو خارج عنها ولا يوجد هناك ارتباط ضرورى بينهما اما الفعل التنفيذى فهو بدء الجريمة وجزء مكمل لها ولا يمكن فصله عنها فاذا ما أخذت الجريمة - التى كان ينوى الفاعل ارتكابها - فى مجموعها بحسب تعريفها القانونى وتساءلت عما اذا كان الفعل المذكور جزءا منها فاذا كان الجواب بالاجاب فالفعل تنفيذى واذا كان بالسلب فالفعل تحضيرى .

ويقول مولينيه ان الافعال التى تعد بدءا فى تنفيذ الجريمة هى التى تكونها وتنشأها وتدخل فى تعريفها القانونى حين أن الأفعال التى تسبق الجريمة وتسهل تنفيذها تعد تحضيرية لانها لا تكون الافعال المادية ولا تدخل ضمن تعويضها القانونى ، فدخل المكان المراد سرقة يعد عمل تحضيرى اما اطلاق العيار النارى على المجنى عليه يعد بدءا فى التنفيذ ، واذا كان الركن المادى للجريمة يتكون من عدة افعال فان البدء فى تنفيذ أحد هذه الأفعال يعد بدءا فى تنفيذ الجريمة وتطبيقا

على ذلك فان وضع الجانى يده على الشيء المراد سرقة يعد بدءا فى تنفيذ جريمة السرقة ، أما إذا كانت الجريمة التى شرع الجانى فى ارتكابها تتكون من فعل واحد فانه يلزم البدء فى تنفيذ ذلك الفعل حتى يتوافر الركن المادى للمشروع .

ثانيا :

لاحظ بعض انصار النظرية التقليدية ضيق مذهبهم عن استيعاب كثير من حالات الشروع فارادوا التوسع فى نطاق الشروع حتى لا تفلت من العقاب افعال خطيرة وكذلك تجنب النقد الموجه الى المعيار السابق فتحولوا الى معيار ثانى خلاصته ان البدء فى التنفيذ يشمل - بالاضافة الى البدء فى تنفيذ فعل يقوم عليه الركن المادى للجريمة - كل فعل يعد ظرفا مشددا لها ، وعلى هذا النحو يعد التسور او الكسر من الخارج بدءا فى تنفيذ السرقة باعتبارهما ظرفين مشددين لها ، فاذا ضبط الجانى وهو يعالج قفل غرقة بمفتاح مصطنع لفتحه أو يكسر سور المكان الذى به الشيء المراد سرقة أو يتسور منزلا للسرقة فاستعمال المفتاح المصطنع أو

كسر السور وتسور الجدار كل هذه ظروف مشددة لها فتعد هذه الافعال بدءا فى تنفيذ جريمة السرقة .

كذلك يعد شارعا فى قتل عند التردد للمجنى عليه فى مكان ظاهر أو مستتر لان التردد ظرف مشدد فيه ، ويعد شارعا فى اتلاف زراعة عمدا نزول الجناء الى زراعة المجنى عليه لاتلافها حاملين اسلحة ولو لم يبدأ الاتلاف لا فعلا لان حمل السلاح ظرف مشدد فى هذه الجريمة .

ويقول جادو أن الشخص اذا دخل منزل آخر بواسطة التسلق والكسر وضبط قبل أن يمد يده لشيء على القاضى أن يتحقق من قصده فاذا ظهر له ان الفاعل كان يقصد السرقة عده مرتكبا لجريمة الشروع فيها .

وقد لاقى هذا الرأى فى بادىء الأمر ترحيبا من الكثير واخذت به كثير من المحاكم ، وقد أشارت تعليمات الخفائية بأن التسلق والكسر بدءا فى التنفيذ لا أفعال تحضيرية اذا أمكن اثبات قصد السرقة . وأشارت بهذا الرأى أيضا تعليمات النيابة العامة فى المادة ١٩٦ التى قررت أن

تسور الجدار أو نقب الحائط هما ابتداء تنفيذ السرقة وبدون أيهما لا يتمكن الفاعل في الغالب من اتمام غرضه فمن يضبط في حالة تسور أو وهو ينقب جدار يعتبر شارعا في السرقة إذا تحقق أن قصده كان السرقة ويعلم ذلك القصد من قرائن الاحوال كأن يكون الجدار المثقوب بمخزن بضاعة أو غير ذلك .

ثالثا :

تحول انصار المذهب الموضوعي الى معيار ثالث فقالوا ان الفعل يعد تحضيريا اذا كان قابلا للتأويل في مرماه بحيث يصح أن يكون مقصودا تحقيق غرض برىء كما يصح أن يكون لغرض اجرامى ك شراء السلاح أو حمله وبحيث اذا دل على غرض اجرامى فلا يحدد جريمة معينة بالذات يراد ارتكابها كدخول منزل الغير ، أما الفعل التنفيذي فهو الذى لا يحتمل الا تأويلا واحدا فيكشف عن نية اجرامية معينة كتصويب السلاح الى المجنى عليه . بمعنى آخر أن الفعل التنفيذي هو الفعل الواضح الدلالة على النية الاجرامية فهو لا يحتمل غير دلالة واحدة

هى الدلالة على الاتجاه الى جريمة معينة اما العمل التحضيرى فهو الذى يحتمل التأويل على وجوه مختلفة ويشبه تيرنر الشروع فى الجريمة بالفيلم السينمائى الذى يتوقف فجأة قبل ان تنتهى سرد القصة فاذا امكن للمشاهدين أن يتبينوا بوضوح النهاية التى كان البطل (الجانى) يسعى اليها فان افعاله تكون بدء فى التنفيذ ، اما اذا لم يتبينوها وكان للفيلم أكثر من نهاية مختلفة فأفعاله تكون فى نطاق الاعمال التحضيرية .

رابعا :

يقول بعض انصار المذهب الموضوعي أن الفعل يعد بدءا فى التنفيذ اذا كان سببا فى وجود الواقعة وليس مجرد ظرف فيها ويتحقق ذلك اذا ارتبط الفعل من الناحية المادية بالنتيجة وتوافرت له القدرة على احداث النتيجة وعلى ذلك فالافعال التى تكون سبب للنتيجة وضرورية لاحداثها هى بدء فى التنفيذ اما - الافعال التى تعد ظرف لها فانها اعمال تحضيرية ولا عقاب عليها لان وجودها ليست أمرا جوهريا فى حدوث النتيجة مثل واقعة شراء

السلاح بمعنى آخر ان العمل الذى أتاه الجانى منطويا فى ذاته على احتمال حدوث النتيجة ويتمثل فى الخطر الذى يشتمل عليه هذا العمل أى اتجاه نحو احداث النتيجة .

الفصل الثانى

تقييم المذهب الموضوعي

القاعدة التى يضعها هذا المذهب هى مقياس واضح لا تعتريه الشبهة وتتميز بسهولة التطبيق ، إذ تعتمد على ضوابط محددة لا تدع مجالا كبيرا للسلطة التقديرية للقاضى ، وواضح أن هذه الضوابط على الرغم من اختلاف صياغتها انها تشترك جميعا فى معنى واحد هو الاعتماد على ماديات الجريمة لا على مجرد الارادة الاجرامية كما يتوقف على قدر خطورة الفعل لايقدر خطورة الفاعل ، الا أن هذا المذهب قد تعرض للكثير من الانتقادات نجملها فيما يلى :

اولا :

القول بأن البدء فى التنفيذ هو ارتكاب فعل داخل فى تكوين الركن المادى للجريمة مردود عليه بأنه ضيق مترممت فى غير موجب ، إذ يخرج

كافة الأفعال التي لا تتصل بالجريمة عن نطاق الأفعال المعاقب عليها كشروع ، ومن جهة أخرى يؤدي تطبيق هذا المذهب إلى إغفال مصالح المجتمع حيث يكشف الفعل المرتكب عن نية إجرامية ظاهرة وشخصية خطيرة ومع ذلك فلا يمتد العقاب إليها ، فضبط شخص داخل منزل بعد أن فتح الدولاب بقصد السرقة محتوياته لا يكفي لاعتباره شارعا في جريمة سرقة لانه لم يبدأ بعد فعل الاختلاس ، ومجرد تصويب السلاح على المجنى عليه في القتل يعد من قبيل الأعمال التحضيرية طبقا لهذا المذهب فتفسيره الشيق لمعنى البدء في التنفيذ يفوق الغاية من القانون العقابي فضلا عن انه يتعارض مع مقتضيات الدفاع الاجتماعي لانه يؤدي إلى أفلات الجاني في كثير من الأحيان رغم اتيانه أعمالا لاشك في دلالتها على المعنى الإيجابي نحو تحقيق الجريمة التي بينها .

ان انصار المذهب المادي قد جانبهم التوفيق في تفسير المقصود بالبدء في التنفيذ على نحو ما أراده المشرع لانه لا يقصد بعبارة البدء في التنفيذ البدء في الجريمة ذاتها لان

اعمال البدء في التنفيذ شيء والبدء في تنفيذ الجريمة شيء آخر ولو أن المشرع اراد هذا المعنى الأخير لما كان هناك صعوبة على الإطلاق في أن ينص صراحة على ذلك ولكنه اراد معنى آخر هو اشتراط وقوع فعل خارجي يعد بدءا في تنفيذ الجريمة التي قصدتها الجاني .

وينتقد بيسون هذا المعيار بقوله ان الجريمة التامة والمشروع مختلفان من حيث الموضوع وان كلا منهما يستلزم وقائع مادية متميزة عما تستلزمه الاخرى فمن غير المقبول ان نشترط ان تكون افعال الشروع جزءا من الأفعال المكونة للجريمة التامة . كذلك ان تطبيق هذا المعيار المادي من شأنه تعطيل نصوص الدفاع الشرعي لأنه يضيق من نطاق الفعل الذي يكون جريمة فتصويب بندقية نحو شخص يعد اعتداء يبيح له الدفاع الشرعي ولكن كيف نبيح للمعتدى ان يدفع فعل الاعتداء الذي أتاه الجاني في الوقت الذي يكون فيه فعل الاعتداء - تصويب البندقية - مباحا لعقاب عليه ، فهذا المعيار يؤدي إلى تناقض بين احكام القانون .

ثانيا :

القول بأن ارتكاب أحد الظروف المشددة في الجريمة يعد بدءا في تنفيذها هو قول محل نظر لان بعض الجرائم ليست لها ظروف مشددة كالنصب وبعض الظروف المشددة لا يتصور تطبيق هذا الرأي عليها كالليل أو تغدد الجناح بالنسبة للسرقة ، أو حمل السارق سلاحا أو وجوه خلف باب مسكن بعيدا عن مكان المسروقات ، كما أنه يؤدي إلى التفرقة بين الجرائم اذ يتبين عليه أن من يتصور مكان السرقة يعد شارعا بينما لا يعد شارعا في القتل من يتصور المكان فيصل إلى المجنى عليه ويصوب إليه سلاحه لان التسور ليس ظرفا مشددا في القتل .

ان المنطق القانوني لا يقبل القول - وفقا لهذا الرأي - بأن الفعل الذي يعد عملا تحضيريا للسرقة إذا ارتكب نهارا يصير بدءا في تنفيذها ان ارتكب ليلا . كذلك ان الفعل الذي يعد عمل تحضيرى للسرقة اذا ارتكبه شخص عادي يصير بدءا في تنفيذها ان ارتكبه خادم . لأن من الظروف المشددة التي ترجع إلى صفة

الجاني في السرقة صفة
الخادم .
ثالثا :

القول بأن الفعل يعد
تحضيريا اذا كان قابلا للتأويل
في مرماه ويعد تنفيذي اذا كان
لا يحتمل الا تأويلا واحدا .
هو مقياس بدوره معيب فاذا
أريد تطبيقه بالدقة التي
يستلزمها فلا يعتبر من
الاعمال التنفيذية الا الاعمال
المكونة لمادة الجريمة أو
لجزء منها كاختلاس المال في
السرقة واشعال النار في
الحريق فهي وجدتهما التي
تبين بذاتها قصد المجرم على
وجه التحديد اما الأعمال
الآخرى السابقة عليها فلا
يمكن أن تدل بذاتها على نية
اجرامية معينة ما لم يقترن
بحثها ببحث ظروف أخرى
خارجة عن هذه الاعمال أو
متصلة بالفاعل نفسه وهو
معياري يبعد عن الصواب فمن
المسلم به ان كسر الخزانة أو
ادخال اليد في جيب آخر على
غرة منه يعتبر شروعا في
السرقة وكلاهما عمل قابل
للتأويل فقد يكون بقصد السرقة
أو الاطلاع على سر مكتوب .
فمن النادر أن تكون للفعل
دلالة واحدة فتسور المسكن
قد يدل على اتجاه الى السرقة

وقد يدل على اتجاه الي
الاتلاف ، ووضع اليد في
ملابس امرأة قد يدل على اتجاه
الى السرقة وقد يدل على اتجاه
الى المساس بعورات جسمها ،
ويعنى ذلك أنه من الصعب
طبقا لهذا الرأي اعتبار أي فعل
بدءا في تنفيذ جريمة معينة .

رابعا :

يتضح خطأ وعدم صلاحية
هذا المعيار القائل بأن الفعل
يعد بدءا في التنفيذ اذا كان
سبب في وجود الواقعة وليس
مجرد ظرف لاحداث النتيجة
فالفعل لا يكون سبب للنتيجة
الا اذا ارتبط بها برابطة دائمة
بحيث ان وجود أحدهما أو
انعدامه يستتبع بالضرورة
وجود الآخر أو انعدامه
وبالتالي حين تتخلف النتيجة
في جميع أحوال الشروع
يتخلف بالضرورة الفعل الذي
يصلح أن يكون سبب للنتيجة
والا كيف يكون هناك علاقة
سببية بين شيئين ويوجد
أحدهما بالرغم من تخلف
الآخر فمثل هذه العلاقة لا
تعدو ان تكون علاقة تصويرية
ولا توجد الا في ذهن الجاني
ومخيلته دون أن يكون لها ظل
في الواقع ، كما انه من غير
المستساغ ان يكون التمييز بين

الإفعال تبعا لمدى أهميتها في
تحقيق النتيجة فواقعة شراء
السلاح لارتكاب جريمة قتل
ضروري للفشل وتخلفه يترتب
عليه عدم تحقق النتيجة فهل
معنى ذلك ان هذه الواقعة -
شراء السلاح - يعد شروعا
في قتل .

كما أن احتمالات احداث
النتيجة لا يجوز تقديرها من
مجرد الفعل ذاته بل يجب
مراعاة الظروف المحيطة به .

هكذا نتبين ان النظرية
المادية لم تنجح على أية
صورة في صياغة معيار أو
ضابط أو مقياس يفصح عن
ارادة المشرع في هذا الصدد .

الباب الثاني

البدء في التنفيذ وفقا

للمذهب الشخصي

تقسيم :

ينظر المذهب الشخصي -
الذي خلفته المدرسة الوضعية
الايطالية في مجال الفقه
الجنائي - الى ارادة الجاني
الاجرامية ومدى دلالة الفعل
المرتكب عليها ، وسوف
نعرض بالشرح والتفصيل
مضمون المذهب الشخصي
حيث نتناول المعايير التي قالوا
بها ، في الفصل الأول ثم

نتناول تقييم المذهب في
الفصل الثاني .

الفصل الأول

مضمون المذهب الشخصي

يعتمد المذهب الشخصي على النظرية الوضعية الإيطالية التي ترى أن مركز النقل هذا في قانون العقوبات هو المجرم لا الجريمة ولذلك لا يعتمد هذا المذهب على ماديات النشاط الإجرامي ولا على ما ينطوي عليه الفعل من خطورة كالمذهب المادي فالأفعال المادية ليست لها طبيعة قانونية مطلقة بل هي تدور بين الإباحة والتجريم تبعاً لقصد الجاني فإطلاق عيار ناري للصيد يكون مباحاً في حين أنه يعتبر جريمة إذا قصد به إزهاق روح إنسان حتى فالقصد الجنائي هو الذي يحدد حكم الأفعال من الإباحة أو التجريم كما أن الخطر ليس كامناً في ذات الأفعال المادية التي ارتكبتها الجاني لأن هذه الأفعال قد وقعت وانتهت وإنما مصدره هو الإدارة المجرمة التي سبق أن اتجهت نحو الجريمة والتي ان تركزت وشأنها ستتجه حتماً إلى ارتكاب جرائم أخرى إن وجود هذه الإرادة تستوجب

تدخل المشرع بالعقاب ليحول بينها وبين الانزلاق مستقبلاً في هوة الجرائم وبذلك يتحقق الدفاع الاجتماعي الذي يهدف إليه أنصار هذا المذهب . وإذا كان الشرع يستلزم قيام الجاني بارتكاب أفعال مادية فليس ذلك راجعاً لأهمية هذه الأفعال في ذاتها وإنما لكونها ضرورية ولازمة لإثبات توافر الإدارة - الإجرامية فالجريمة ليست مجرد واقعة مادية وإنما هي أولاً مطهر لسلوك شخصي أدنى فالبحث عن النية الإجرامية للجاني مستمد من دلالة الفعل الذي ارتكبه أو بالاستعانة بظروف أخرى مع هذا الفعل فإذا تسلق شخص منزل أو فتح باباً بمفتاح مصطنع وجب أن نبحث عن الغرض الذي اتجهت إليه إرادة الجاني لا عن الخطر الذي ينبعث من هذا الفعل ويستعان في هذا البحث عن النية الإجرامية للجاني بكافة ظروفه كسوابقه أو علاقته بالمجنى عليه أو أنواع الأسلحة التي يحملها فلا يلزم إذن أن يكون الفعل ناطقاً في حد ذاته من الناحية المادية بعزم الجاني وإنما يكفي استخلاص نية الجاني من هذا الفعل على ضوء كافة

الظروف المحيطة به وتفرعاً على ذلك تعرض الضوابط أو المقاييس التي قال بها أنصار المذهب الشخصي لتحديد الأفعال التي تعد بدءاً في التنفيذ .

أولاً :

أفضل المعايير التي وضعها أنصار المذهب الشخصي هو ذلك المعيار الذي وضعه «جادو» فيرى أن الجاني يبدأ في التنفيذ إذا أتى عملاً من شأنه في نظر الجاني أن يؤدي حلاً ومباشرة إلى النتيجة المقصودة .

وهو تعبير رددته محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها كما استعارته محكمتنا العليا كما أخذ به القانون البولوني في المادة ٢٣ .

ثانياً :

يرى «فيدال» وماجنول أن البدء في تنفيذ الجريمة هو العمل الذي يكون قريباً من الجريمة بحيث يمكن أن يقال إن الجاني قد أقبل بتأب الرجوع عنها واضطلع بمخاطرها ، بعبارة أخرى عندما يدل الجاني بفعله على أنه أسلم نفسه لمخاطر الجريمة وحطم ما خلفه من

وسائل النجاة من المسؤولية .

ثالثا :

يفضل «دندريه درفاير» المقياس الآتي : يتوافر البدء في التنفيذ عندما تكون الاعمال التي صدرت عن الجاني عند ضبطه معلقة لأرادته النهائية المؤكدة لارتكاب جريمة معينة بمعنى آخر العمل الذي يدل على عزم اجرامي لا رجعة فيه ويكون قريبا من الجريمة لا يفصله عنها إلا خطوة يسيره لو ترك الجاني وشأنه لخطاها .

رابعا :

يرى «هوس» أن الفعل يدخل في نطاق الشروع المعاقب عليه متى بدأ الجاني في تنفيذ مشروعه الاجرامي وبمجرد أن يضع الوسائل التي أعدها موضع التنفيذ بمعنى أن الجاني قد سلك بذلك سبيل الجريمة وأخذ في استعمال الوسائل التي كان قد أعدها لها . مثل وضع السم في الطعام أو الشراب المعد للمجنى عليه انتظارا لتناوله .

خامسا :

يصوغ «دو» المعيار الآتي البدء في التنفيذ هو الفعل الذي يقطع به الجاني على نفسه خط

الرجعة وأحرق سفته من خلفه وخطا نحو الجريمة خطوته الحاسمة واخترق بذلك مجال حقوق الغير .

سادسا :

يستند «دوسي» في تحديد افعال البدء في التنفيذ الى ما تتضمنه هذه الأفعال من اعتداء على حقوق الغير في حين أن الأعمال التحضيرية لا تتضمن الاعتداء ومن أجل ذلك فإن الجاني اذا اراد العدول وكان قد بدأ في التنفيذ فإنه يقول أنا أريد التوقف أما اذا كان لا يزال في التحضير فإنه يقول أنا لا أريد أنا أبدا .

واضح أن أي ضابط من هذا الضوابط لا يخلو من غموض والواقع أنه من العسير وضع ضابط دقيق الصدد وإنما للقاضي أن يسترشد بها جميعا في حكمة ولعل السوابق القضائية توضح ذلك الغموض .

ويأخذ الفقه الانجليزي بالمذهب الشخصي فني الشروع ويتبعه في ذلك القضاء وتسمى القاعدة التي بها هنا في التمييز بين الشروع وبين مجرد التحضير بدو البدو أو الأقتراب أي دنو

سلوك الفاعل من الركن المادي للجريمة كما هو موصوف في القانون فإن كان قريبا من هذا الركن عد شروعا وإن كان بعيدا عنه اعتبر محض عمل تحضيرى لا عقاب عليه .

ومن الأمثلة الفقهية للشروع أن يدفع انسان بطلق أو بقلب الى ارتكاب السرقة أو أن يسلم شخص الى آخر زجاجة سائل زاعما له أن هذا السائل دواء ويعهد اليه باعطاء السائل في اليوم التالي الى انسان مريض إذا بالسائل في حقيقة سم فسلوك الجاني على تلك الصورة يعتبر شروعا في قتل هذا الانسان .

الفصل الثاني

تقييم المذهب الشخصي

الواقع ان المذهب الشخصي لم تكن صيغته موفقه في الافصاح عما يعنيه ولم يفلح في الوقوف على معيار أو ضابط ينضبط به تحديد الشروع كحقيقة قانونية . فرغم انه ابتغى الضرب على كل سلوك يستحق العقاب كان مصيره التوسع في ذلك الى درجة تخالف القانون . ذلك انه لايتطلب في الفصل الذي يعد

بدءا في التنفيذ شروطا ذاتية فان ذلك يكشف عن عيب أساس فيه ذلك انه لا يقيم التفرقة بين العمل التحضيرى والبدء فى التنفيذ على أسس مقبولة اذ ان كل عمل تحضيرى مهما بعد عن الجريمة يعد بدءا فى تنفيذها اذا كشف عن العينة الاجرامية ولو كانت هذه الدلالة غير مستخلصة منه ذاته وانما استخلصت من الظروف التى اقترنت به وفى ذلك اتساع فى العقاب لاتبرره مصلحة المجتمع لانه تجريم لافعال لا يصدر عنها تهديد للحق الذى يحميه القانون ولا يمكن أن توصف بانها غير مشروعة وهو بالاضافة الى ذلك تجريم لنية اجرامية مجردة استخلصت عن طريق مجموعة من القرائن كان الفصل احدهما لم يكن المذهب الشخصى موفق فى صياغته العبارة التى تخيرها فى تحديد معنى الشروع وهى ان يكون سلوك الجانى مقضيا حالا ومباشرة الى ارتكاب الجريمة .

هذه العبارة ليست الا وصفا لخصيصة خارجية فى السلوك تتعلق بمدى قربها ماديا من نفاذ الجريمة ولم يكن المقصود

باشتراط وجود هذه الخصيصة سوى انها الافادة الدالة على ان النية الاجرامية قد انحسرت بغير رجعة وانه يجب بالتالى عقاب صاحبها لان النية هى التى يعول عليها المذهب وهى السبب فى تسميته بالمذهب الشخصى . ولكن من قال ان انحسام النية لا يتحقق باطنيا الا اذا كان السلوك خارجيا يفضى حالا ومباشرة الى نفاذ الجريمة فالواقع ان السلوك يمكن ان يكشف عن انحسام النية بغير ان يفضى الى نفاذ الجريمة حالا وذلك حين يكون هذا النفاذ متراجعا عنه اياما . وكثير ما يكشف السلوك عن النية المنحسمة بغير ان يكون مقضيا مباشرة الى نفاذ الجريمة ففي الحريق العمد يتوافر الشروع بمجرد صب البترول وهذا فعل لا يؤدى مباشرة الى وضع النار فى الشيء المراد احراقه وفى هذا نفاذ الجريمة وانما توجد نية وبين وضع النار خطوة متوسطة لم تتخذ بعد هى اشعال عود الثقاب . ويصدق هذا على كثير من الأحكام الصادرة بالتطبيق للمذهب الشخصى .

اتن فالقول بانحسام النية ليس لازما فى السلوك لا

الافضاء الحال الى نفس الجريمة ولا الافضاء المباشر الى هذا النفاذ هذا من جهة ومن جهة ثانية فان اشتراط الافضاء الحال أو المباشر الى نفاذ الجريمة فى سبيل أن يعتبر السلوك مشروع معاقبا عليه أمر له خطره فلا مزية فى انه من اهم وظائف البوليس منع الجريمة قبل ان تقع أى التصدى لها وهى فى مرحلة الشروع للحيلولة دون نفاذها فلو علق وجود الشروع على كون السلوك بمثابة الفعل الاخير الذى يتلوه مباشرة نفاذ الجريمة لكان ذلك مايضع عقبه فى طريق اداء البوليس لمهمته وكان معنى ذلك احد امرين اما ان يكون سلوك الفاعل محضى عمل تحضيرى فلا يحفل البوليس به واما ان يكون بمثابة الفعل الاخير الذى يعقبه مباشرة نفاذ الجريمة فيكون لتدخل البوليس محل ومع ذلك يصير هذا التدخل عديم الجدوى لحدوثه بعد فوات اوانه المناسب ومن جهة ثالثة انحسام النية الاجرامية امر لا يصلح بمفرده ضابطا فى تحديد ما يعتبر مشروعا معاقبا عليه فالقضاء الفرنسى رفض توقيع عقوبة الشروع على شخص انحسرت نيته على قتل

الشاب الذي تتبناه شقيقته وبدد منه سلوك قاطع بهذا الانحسام هو الاحاح على آخر في سبيل تنفيذ هذا القتل وتسليمه ١٣ مليون فرنك واخيرا فان الاسترسال في تلك الفكرة مؤداه العقاب على محض النية

وهذا محذور لانه تعريض حريات الافراد للخطر دون اساس من نص القانون واخلالا بمبدأ في الجريمة بغير نص كما أن صياغة هذه العبارة الفصل الذي يؤدي حالا ويباشره الى نفاذ الجريمة - تناقض النتائج التي يقول بها انصار المذهب الشخصي اذ يعنى ان لا مباشرة أن الشروع لا يقوم الا بالفعل السابق على تنفيذ الجريمة اما لفظ حالا فيعنى ان الشروع لا يقوم الا بفعل لا يفصل بينه وبين نفاذ الجريمة غير فترة قصيره من الزمن وفي الحاليين يبدو أن هذا الضابط لا يتسق من الحلول العملية أو مع نص القانون فهو ضابط غامض اذ أن الفظتين لا يكفلان تحديدا واضحا له ، كما ان هذا الضابط يتطلب في الفعل شروطا تكفل قربه من الركن المادى للجريمة واتصاله به في صورة مباشرة ولكن منطق المذهب الشخصي يأبى

أن تشترط في الفعل شروط ويرى الغاية في دلالة على الارادة الاجرامية وهذه الدلالة يستحيل تحديدها وصياغتها في ضابط التطبيق على ما يعرض من حالات .

وذهب رأى الى القول بأن هذا الضابط يؤدي الى حلول معقولة في كثير من الأحوال ولكن يلاحظ انه اذا اشترط في الفعل ان يؤدي حالا ويباشره الى ارقام الجريمة لوجب لاعتباره شرروعا أن يؤدي في اللحظة التالية الى ارتكاب الجريمة وهذا لا يصدق في كل الأحوال فقد يستمر الشروع مدة طويلة قبل أن تتم الجريمة ومثال ذلك الحفر في الارض تحت خزائن بنك لسرقة ما بها من اموال وقد ادى هذا النقد الى الاكتفاء بكلمة مباشرة عند وضع مادة ٢٣ من القانون البولندى ومادة ١٠٦ من القانون الفرنسى ومادة ٢٧ من القانون الحبشى ومادة ١٥ من القانون الروسى .

والمذهب الشخصي يقصر جل اهتمامه على معرفة النية الاجرامية دون التحقيق من الخطر الذي يفتوى عليه الفاعل بينما أن هذا الخطر اساس التجريم ولا يمكن ان تحل

خطورة الفاعل محل خطورة الفعل في قياس التجريم فالأثنان فكرتان ولكل منهما مجال تطبيقهما فالخطر هو اساس التجريم والخطورة هي مقياس العقاب وعلى ضوءها يختار القاضى ما يراه ملائما من عقوبات فاحلال فكرة الخطورة محل فكرة الخطر وهو مالا يتفق مع علة تجريم الشروع ولذا يجب التحقق من ان الفصل الذى اتاه الجانى على ضوء الظروف المحيطة به فضلا عما يوضح عن نية اجرامية قد انطوى في حد ذاته على خطر معين هو تهديد لمصلحة المحمية بالضرر . والمعياران التى قالا لهما «دو» «فيدال» معياران غامضان لانهما لا يوضحان متى يخطر الجانى هذه الخطوة الحاسمة ومتى يقطع على نفسه خط الرجعة وبالتالي فهما لا يفيدان في تحديد الفعل الذى يعتبر بدءا في تنفيذ الجريمة .

ويؤخذ على معيار هرس بأنه معيار غامض يترتب على تطبيقه نتائج شاذة تؤكد عدم ملائمته لهذا الغرض اذ لا يعتبر دخول الجانى المنزل وهو حامل ادوات مما تستعمل في كسر الخزائن الحديدية شروعا في سرقة طالما انه لم

يستعمل بعد هذه الأدوات أو الآلات في حين أنه من المسلم به أن مجرد دخول المنزل بقصد السرقة شروعا في هذه الجريمة .

كما أن المذهب الشخصي يعطى للجاني مكنة تحديد الوقت الذي يبدأ عنده تنفيذ الجريمة فهو يحيل في بعض ضوابطه تكيف الجريمة على الجاني نفسه .

تلك هي معايير المذهب الشخصي معايير غامضة لا تفي بالغرض الذي وضعت من أجله وهو تحديد أعمال البدء في التنفيذ تحديدا قاطعا للشك تقانيا للجهالة فهي تبدو قاصرة التطبيق على بعض الأفعال التي تقع على مقربة من الحدود الفاصلة بين البدء في التنفيذ والتحضير للجريمة . مثال ذلك الترسد . فقد اختلف فقهاء المذهب الشخصي فيما بينهم حول أفعال الترسد التي تقع بقصد القتل أو السرقة وعما إذا كانت تعد بدءا في التنفيذ أم تعد عمل تحضيرى فيرى البعض أن الترسد بقصد القتل يعد بدءا في التنفيذ لأن الترسد ظرف مشدد في هذه الجريمة وعلى خلاف ذلك يرى البعض

الآخر أن الترسد لا يصلح بدءا في التنفيذ إذ يكون المجال أمام الجاني مازال فيه متسع للعدول .

الخلاصة :-

مما تقدم يتضح مدى اختلاف فقهاء المذهب الشخصي في تحديد البدء في التنفيذ عند وضع معايير موضع التطبيق العملى الامر الذى يؤكد ان هذه المعايير ليست من الدقة والوضوح لتفى بالغرض المطلوب .

الباب الثالث

موقف القضاء

منذ امد بعيد يجرى القضاء في فرنسا وفى مصر على المذهب الشخصي يمكن القول ان محكمة النقض قد بنت قضاؤها كذلك على المذهب الشخصي واخذت تتردد عبارات الشراح الفرنسيين في هذا الصدد ولكن يبدو ان المحاكم اكانت تطبق المذهب المادى في بادىء الامر وهى بصدد تحديد اعمال البدء في التنفيذ وانها بدأت تهجر هذا المذهب وتأخذ بالمذهب الشخصى تدريجيا الى ان استقر الوضع نهائيا الى الاخذ

بصفة مطلقة بهذا المذهب الاخير .

وسوف نعرض هنا بعض الاحكام الصادره من القضاء الفرنسى والمصرى حتى يمكننا ان نتتبع هذا التحول .

الفصل الاول

موقف القضاء الفرنسى

يبدو من مراجعة احكام القضاء الفرنسى انه كان متجها في بادىء الامر نحو الاخذ بالمذهب المادى عند تحديد البدء في التنفيذ ، فقد قضت محكمة النقض الفرنسيه بان دخول المنزل ولو عن طريق التسور ليلا لا يكفى لتكوين الشروع في الجريمة ، لان الشروع يتطلب ان يرتكب الجانى فعلا يعد بدءا في التنفيذ .

وبنفس المعنى قضت محكمة النقض بأنه اذا ضبط المتهم في فناء منزل مختبئا بقصد ارتكاب جريمة سرقة فيه فان فعله لا يعد بدءا في تنفيذ هذه الجريمة مادام الجانى لم يأت داخل المنزل أى فعل يؤدي الى جريمه السرقة . وقد حكمت بعض محاكم الاستئناف الفرنسية بأن أفعال التسلق والكسر المرتكبه بقصد

السرقه ليست الا افعال تحضيريه ومن هذه الاحكام حكم محكمة بوردو وبتاريخ ١٨٢٥/٦/٢٧ اذ حكمت ان ارتكاب الشروع لم يتوافر في تهمة رجل اتهم امامها بدخوله منزلا بواسطة التسلق والكسر ولكنه ضبط قبل ان يتمكن من مد يده الى الاشياء التي كانت ينوى سرقتها لانه لم يعمل عملا يفيد انه بدأ في التنفيذ بقصد السرقه .

وحكمت محكمة نانسي بان الشخص الذي تسلق سورا وكسر بعض الواح من الزجاج توصلنا الى الدخول في احد المنازل ولم يمتنع عنه الا لظهور سكان المنزل لم يرتكب جريمه الشروع في السرقه ولم يحصل منه بدء في تنفيذ جريمة سرقه .

ولكن تمسك القضاء بالمذهب المادى مالبث ان فتر تدريجيا وبدات معايير المذهب الشخصى وافكاره تظهر صراحة في الاحكام مؤكده هذا الاتجاه الجديد ويتضح ذلك مما قالته محكمة النقض الفرنسيه في العديد من احكامها من ان البدء في التنفيذ هو ان يأتى الجانى فعلا من شأنه ان يؤدى مباشره الى تمام الجريمه .

وتطبيقا لهذا الاتجاه قضت محكمة النقض في فرنسا بأن دخول المتهم ليلا في منزل أو خلعه الحذاء دون ان يقدم تبريرا مقبولا يعد شروعا في سرقه .

وفي حكم لمحكمة النقض الفرنسيه في ٣ يناير سنة ١٩١٣ باتهام شتخصين ادوا سرقه نقود احد المحصلين فذهبا الى المكان المراد ارتكاب الجريمه فيه وعانياه ورسميا خطتهما وبعد ان حددا وقت التنفيذ قصدا محل الجادته يحمل احدهما ممدسا فارغا والآخر مجهز ببلمة وزجاجة بها حمض السياتور وكماشه وتربصا على مسافة خمسة امتار من باب المنزل الذى سيخرج المحصل منه فقبض البوليس عليهما اثناء التربص . وقد جاء في حيثيات الحكم وحيث انه قسما من هذه الوقائع ما هو الا اعمال تحضيريه فان يجب ان تعترف ان الجريمه قد دخلت دور التنفيذ في اللحظة التي وقف فيها هؤلاء الاشخاص امام العماره للاعتداء على المجنى عليه مجهزين باسلحه لهذه الغاية .

وفي حكم آخر لنفس

المحكمة ايضا في ٣ ديسمبر سنة ١٩٢٧ تتلخص وقائعها في ان شخصا دخل دكان صايغ بصحبه اخر وكان قصدهما سرقة بعض المصوغات المعروضه باحدى الواجهات الموجوده بالمحل فتقدم المتهم الاول الى صاحب المحل واخذ يشغله باملاء اسمه ليحفر له قطعه من المصوغ يشتريها بينما كان زميله واقفا بجوار الواجهه مادا يده الى داخلها وفي هذه الاثناء مر شخص فشهد الحادث وصاح بصاحب المحل

ففر المتهمان قبل اتمام السرقه وتمكن الصائغ من القبض على الشخص الذى كان يشغله باملاء اسمه ، فسيق للمحاكمة فحكم عليه باعتباره شارعا في السرقه لان ماقام به من افعال صرف بها نظر الصائغ عن زميله مساهمه جديه في جريمة الشروع في السرقه التى لم تتم لسبب خارج عن ارادته وهو تنبه احد الماره ومشاهدته الشخص الآخر وهو يمد يده داخل الواجهه ووصفت المحكمة عمل الاثنى بانه تعاون وثيق في اعمال التنفيذ .

وقضت محكمة النقض

الفرنسية بأن اتفاق طبيب مع امرأه على اجهاضها وتحديد الاتعاب التي يتقاضاها نظير ذلك ثم توجهه الى منزلها ومعه حقيبته بها الادوات اللازمة لاجراء هذه الجراحة يكفي لتوافر الركن المادي لجريمة الشرع في الجهاض ، كما قضت بأن الشرع في الاجهاض يتوافر ولو لم يبدأ الجاني في تنفيذ افعال الاجهاض ذاتها . وحكم بأنه يعتبر شروعا في السرقة دخول المتهم في سيارته مملوكة لشخص آخر بقصد الاستيلاء عليها دون رضا صاحبها أو علمه ، واكدت محكمة النقض الفرنسية في احكامها الحديثة تمكنها بالمذهب الشخصي في تحديد افعال البدء في التنفيذ فقضت بأن التربص للمجني عليه في انتظار انما يمر للسطو عليه يعتبر شروعا في جريمته سرقة ، وكذلك تواجد الفاعل في المكان المزمع ارتكاب السرقة فيه ومعه مجموعه ادوات السطو أو ان يتسلل شخصان داخل سيارته واقفة بعد كسر بابها فيداهمها البوليس في تلك اللحظة ، أو ان يضع شخص اداة تساعد على تحريك موتور السيارة

الواقفة فبفاجئته البوليس ، أو ان يتسلل الى داخل سيارته وهي واقفة فضبطه البوليس فور اتخاذه مكانا امام عجلة قيادتها .

وقضت المحكمة ايضا بانه يعتبر مشروع نصب على شركة التأمين ادعاء شخصين وقوع حادث خيالي بغية الحصول على مبلغ تأمين ودفع دعوى قضائية للمطالبة بهذا المبلغ ، أو تقديم المؤمن عليه مستندات كاذبه بشأن الاشياء التي قضى عليها حريق شب اديه وتتضمن مغالاة في تقدير تلك الاشياء على خلاف الحقيقة ، أو تقديم المجني عليه في حادث عقدا مزورا والاحتجاج به امام المحكمة في دعواه قبل شركة التأمين في سبيل الحصول على اكثر من المبلغ المستحق له كتأمين .

هكذا يتبين من مراجعة احكام القضاء الفرنسي اتباعها للمذهب الشخصي بعبارات اكثر وضوحا وتحديد صياغته في التعريف بالشرع .

الفصل الثاني

موقف القضاء المصري

ترددت محكمة النقض

المصرية في احكامها الاولى بين كل من المذهبين المادي والشخصي الى ان استقرت على الاخذ بالمذهب الشخصي .

وكانت المحكمة في اول الامر تستلزم لاعتبار الفعل بدءا في التنفيذ أن يرتكب الجاني جزءا من المكونه المادية للجريمة وعلى هذا الاساس فقد قضت محكمة النقض في حكم لها في ١٩١٢/٣/٣٠ بأن طلب الفحشاء من ادائها وجذبها عن يدها وملابسها لا يعد شروعا في اغتصاب بل هي مجرد اعمال تحضيرية بالنسبة لجريمة واقعة انثى بغير رضاها ، وجاء في حيثيات الحكم «وحيث ان الوقائع الثابته ضد الطاعن في الحكم المطعون فيه لاتعتبر سوى اعمال تحضيرية لبدء في تنفيذ جنائية واقعة انثى بغير رضاها أي شروعا يقع تحت طائله احكام قانون العقوبات وفي الواقع فان مجرد طلب الفحشاء من امرأه وجذبها من يدها وملابسها ليس من اعمال البدء في تنفيذ الجريمة المشار اليها وكذلك في حكم لها بتاريخ ٢٧ مايو سنة ١٩٤٣

اعتبرت اعداد المتهم للمادة السامة وذهابه بها الى حظيرة المواشى بقصد تسميمها ثم محاولة فتح باب الحظيرة هي اعمال لايمكن اعتبارها شروعا وانما هي من قبيل الاعمال التحضيرية التي لايعاقب عليها القانون ولو وضحت بها نية المتهم . كما قضت بأن صب غاز على نافذة منزل المجنى عليه وعلى دكة خشب موجوده بالمنزل بقصد اشعال النار فيه لايعتبر بدءا في تنفيذ هذه الجريمة ، وقالت ايضا في حكم لها بتاريخ ٦ مارس / ١٩٢٢ م بان دخول المتهم اسفل صهريج للغاز وأهما مجرد عمل تحضيرى .

واعتبرت محكمة النقض ان توافر احد الظروف المشدده يكفى لتكوين الشروع فيها فقضت في حكم لها بتاريخ ١٥ / مايو / ١٩٣٥ م . انه اذا كانت التسلق ظرفا مشددا للعقوبة في السرقات فارتكابه يعد بدءا في التنفيذ لانه جزء من الركن المادى فى الجريمة المذكورة .

وقضت ايضا بأن الاعمال التحضيرية تنتهى عند سور المنزل فان تخطاه الجانى ينقب

أو تصور فان فعله هذا لايمكن اعتباره شيئا آخر غير بدء في تنفيذ فكرته الاجرامية واصدرت العديد من احكامها التي تتمشى مع هذا المبدأ ، فقضت في حكم لها بتاريخ ٢٧ / سبتمبر / ١٩١٦ بان احداث المجنى عليه نقب في سور منزل المجنى عليه في مقابل المكان الذى يترك فيه جاموسته يعد شروعا فى جريمة سرقة .

ومالبث ان تحلل القضاء المصرى من المذهب المادى ويبدأ اتجاهه نحو الاخذ بالمذهب الشخصى بحيث يمكن القول بأن محكمة النقض المصرية ثبتت في احكامها الحديثة على الاخذ بهذا المذهب .

وبدل على ذلك ماقلته محكمة النقض بأن البدء فى التنفيذ هو ان يأتى الجانى اعمالا تؤدي مباشرة الى ارتكاب الجريمة ولو لم تكن هذه الاعمال من الافعال المكونة للجريمة . فالفرق بين العمل التنفيذي والعمل التحضيرى ان الاول بخلاف الاخير يؤدي جالا ومباشرة الى ارتكاب الجريمة أما العمل التحضيرى فانه مهم

ولايمكن تعيين الغرض منه واصدرت المحكمة العديد من الاحكام التي تؤكد تمسكها بالمذهب الشخصى .

وتطبيقا للمذهب الشخصى قضت محكمة النقض المصرية :

(١) فى حكم لها بتاريخ ١٩٢٧/٦/٦ بأنه يعتبر شروعا فى سرقة أى فعل من الافعال الموصلة للسرقة المحدده لقصد المتهم بذاتها وبما يقارنها من الاحوال بحيث لايشك فى اتجاه قصد الفاعل الى السرقة وعلى ذلك فمحاولة المتهم كسر قفل دكان به بضائع وكونه من معتادى ارتكاب السرقات هو بدء فى ارتكاب السرقة اذ ليس من الضرورى البدء فى السرقة ان يفتح حرز الميسروق أو أن تصل يد المتهم اليه .

(٢) فى حكم لها بتاريخ ١٩٣٤/٢/٢٩ بأنه اذا امسك المتهم مسدسا صالحا للاستعمال وحشوا بالرصاص ومعدا للاطلاق واقترب من المجنى عليه مادا يديه بالمسدس وفوهته موجهة اليه بحيث كان من الميسور له ان يحرك يديه بالمسدس حركة التصويت والاطلاق بأسرع

ما يمكن فيصيب الهدف فانه ذلك يعتبر اعمالا تنفيذيه للشرع في جريمة القتل لا اعمال تحضيرية .

(٣) في حكم لها بتاريخ ١٩٣٤/١٠/٢٩ م بأنه لايشترط بحدب تعريف م ٤٥ للشرع أن يبدأ الفاعل بتنفيذه جزء من الاعمال المكونه للركن المادى للجريمة بل يكفي لاعتبار انه مشروع في ارتكاب الجريمة ان يبدأ بتنفيذ فعل سابق مباشرة على تنفيذ الركن المادى لها ومؤد اليه حتما وبعبارة يكفي أن يكون الذي باشره الجانى هو الخطوة الاولى في ارتكاب الجريمة وانه يكون بذاته مؤديا حالا وعن طريق مباشر الى ارتكابها مادام قصد الجانى من مباشرة هذا الفعل معلوما وثابت وعلى ذلك يعتبر شروعا معاقبا عليه واقعة تسلق المتهمين جدار المنزل الملاصق للمنزل الذى كانوا ينوون سرقة يعودههم الى سطحه وفي حكم آخر لها اعتبرت شروعا في هناك عرض بالقوة تهديد المجرى عليه وضربه والقائه على الارض رغم مقاومته بقصد العبث بعرضه دون أن ينال

المجرم غرضه منه بسبب استغاثته .

(٤) في حكم لها بتاريخ ١٩٣٢/٤/١٦ بأن وضع المتهم قطعة قش داخل عداد الكهرياء بكيفية توقف سير الطاره فلا تكتب الارقام اثناء اضاءة النور أو المكسواه الكهريائية بعد شرحا اذا لم يثبت ان الاضاءة أو الكى حصلت فعلا بعد وضع قطعة القماش .

(٥) في حكم لها بتاريخ ١٩٤٣/٤/١٩ بأنه يعتبر شروع في الغش والتدليس المعاقب عليه وفقا للمادة الاولى من القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤١ واقعة عرض البائع قطنا في السوق يعد بلاء بالماء لزيادة وزنه اضرارا بمن يشتريه لانه يؤدي الى الجريمة المذكورة فورا ومباشرة ولو لم يتعين مشتر بالذات اذانه يكفي للعقاب على الغش العام - كما جاء في الحكم - ان واقع على أى مشتر ويكفى لتحقيق البدء في التنفيذ ان يقع فعل يكون من شأنه أو المقصود به غش اى شخص يمكن ان يتقدم للشراء .

(٦) في حكم لها بتاريخ ٣٠/يناير/ ١٩٦٠ م بأنه اذا كان المتهمان قد دفعا المجنى عليه كرها للركوب معهما بالسيارة بقصد موافقتها ثم انطلقا وسط المزارع حتى اذا اطمأنا الى انها قد صارا بأممن من اعين الرقباء شرعا في اغتصابها معتمدين في ذلك على المسدس الذى كان يحمله احدهما فاستغاثت وخفت الى نجدتها خفيران سمعا هذه الاستغاثة فان اركان الشرع فسي الاغتصاب تكون متوافره .

(٧) قضت محكمة النقض في حكم لها سنة ١٩٤٧ بأنه يعتبر شروعا في السرقة واقعة اقتحام المتهمين اسوار المصنع باستعمال آلات تساعد على الدخول بواسطة الكسر ووجودهما داخل اسوار المصنع وعلى بعد امتار عن بنائه وعدم تمام الجريمة بسبب مباغته الحارس لهما .

وجاء في حيثيات الحكم «وحيث انه عن الشرع قد توافر من اقتحام المتهمين لاسوار المصنع وهو من الاسلاك الشائكة ووجودها داخل حسن المصنع على بعد امتار عن ابنائه وعلى مقربة

من نافذه قال الشاهد الاول بسبب حصول سرقة منها ومن ضبط آلات تساعد على الدخول بواسطة الكسر (وهي كماشة ومبرد) مع المتهم الثاني وما قيل من ان المتهم الاول ليس اجنبيا عن هذا المصنع وسبق ان فصل منه لاثامه بارتكاب سرقة منه كل هذا يقطع بانهما قد بدء فعلا في تنفيذ الجريمة . وقد خاب اثر ذلك لسبب خارج عن ارادتهما وهو تنبه الحارس ومباغتهما اثناء ارتكاب الجريمة، والذي يستفاد من هذا الحكم هو انتهاء محكمة النقض المصرية الى الاخذ بالمذهب الشخصي الامر الذي يجيز لنا ان نقرر ان هذه المحكمة تأخذ بالمعايير الشخصية للفصل بين مايعتبر افعالا معاقبا عليها كشروع والافعال غير المعاقب عليها

بناء على هذا الاساس .

(٨) قضت محكمة النقض بأن الفصل فيما اذا كان الفعل المرتكب من اعمال التنفيذ أو التحضير هو فصل في نقطة قانونية تتصل بالنص وغرض الشارع من وضعه وتخضع لرقابة محكمة النقض ذلك بأن الامر في الشروع لا يقتصر على المسائل المتعلقة بالوقائع التي يفصل فيها قاضي الموضوع بغير معقب ولكن بمسألة قانونية تتعلق بوصف هذه الافعال الفصل فيما اذا كانت تعتبر بدءا في التنفيذ وهو ركن اصيل من اركان الشروع اما استخلاص توافر القصد أو عدم توافره فهو أمر متعلق بالموضوع يفصل فيه قاضيه دون معقب من محكمة النقض متى كان استخلاصه لهذا القصد أو قوله بانتفائه لا

يتجافى مع المنطق ذلك ان استخلاص توافره أو عدمه انما يرجع الى وقائع الدعوى وظروفها وهي امور لا تتعلق بتطبيق النصوص .

خاتمة :

بانتها عرضنا لموقف القضاء تكون قد انتهينا من عرض بحثنا في البدء في التنفيذ كمعيار للتمييز بين ما يعد من الاعمال التحضيرية وما يعد من الاعمال التنفيذية وهي التي يتوافر الشروع بشأنها . متناولين المذهب التي تصارعت في تعريف البدء في التنفيذ ومتناولين موقف القضاء في هذا الشأن الفرنسي والمصري حيث تناقلت أحكامها بين المذهب الموضوعي والشخصي الى ان استقرت اخيرا على تطبيق المذهب الشخصي .

مؤذن بخراب العمران ...

العلامة ابن خلدون

« السبب في تشديد المسؤولية الجنائية في التشريع الجنائي المصري »

للسيد الأستاذ / رفعت محمد إبراهيم الشاذلي
المحامى

الفصل الأول

المبحث الأول :

تعريف العود :

يقصد بالعود العودة إلى الجريمة من قبل شخص سبق الحكم عليه نهائياً بالإدانة من أجل جريمة أخرى وهو من أجل ذلك يعتبر سبباً لتشديد العقوبة عن الجريمة الجديدة أى أن سبب التشديد في العود يرجع إلى شخص الجاني وبالتالي يعتبر سبباً عاماً للتشديد وليس متعلقاً بجريمة معينة فخطورة الجاني العائد من الناحية الاجتماعية هي مناط التشديد بغض النظر عن نوع الجريمة فالعود تعبير عن ميل إجرامي ينبغي تشديد العقوبة ومن ثم فهو يعتبر ظرف شخصي يتعلق بشخص الجاني ولا يسرى إلا في مواجهة من تتوافر في حقه دون غيره من الفاعلين أو الشركاء .

أورد الدكتور محمود

نجيب في مؤلفه شرح قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٨٢ أن العود هو حالة الشخص الذي يرتكب جريمة أو أكثر بعد سبق صدور حكم بات عليه بالعقاب من أجل جريمة سابقة .

Garnaud III no, 106 q p 243
Donnedien de Vabres n° 850,
p 482; vodalef Magnal, I no.
272, p, 437; ste Fani, Levas sevr
et Bouloc, no, 567, p. 499.

الدكتور السعيد مصطفى
السعيد ص ٧٤٣ ، والدكتور
محمود محمود مصطفى رقم
٤٧١ ص ٦٥٢ الدكتور على
راشد ص ٦١٢ الدكتور
رؤوف عبيد ص ٧١٤
والدكتور رمسيس بهمام
ص ١١٥١ ..

ويعنى ذلك أن العود
يفترض تعدد جرائم المتهم
ولكن يفصل بينها حكم بات
بالعقاب صدر من أجل إحداها
وفي ذلك الفصل ما يميز بين

العود وتعدد الجرائم . ولكن
هذا التمييز المميز بين
الفرضين لا يتناول دون
اجتماعهما إذا توافرت
مناصرهما . كما لو ارتكب
شخص جريمة فصدر ضده
من أجلها حكم بات ثم ارتكب
عدداً من الجرائم لا يفصل
بينها مثل هذا الحكم فهو في
حالتى العود والتعدد .

Corron, at-58 no. 13;
davaud III no, 1019, p. 264.

مفترض العود أو شروطه :

أولاً مفترضات العود :
مفترضات العود هي الشروط
اللازمة للعود والتي يجب أن
تتوافر قانوناً والتي بدونها
لا يمكن الحديث عن العود
وهي أمرين :

الأول : وجود حكم سابق
بالإدانة منتجاً لآثاره .

الثاني : ارتكاب جريمة
جديدة .

المفترض الأول

وجود حكم سابق بالإدانة
منتجاً لآثاره

العود يفترض أن الشخص سبق الحكم عليه بالإدانة من أجل جريمة سابقة لذلك إذا لم يكن هناك حكم سبق صدوره على الشخص منتجاً لآثاره فلا مجال للحديث عن العود ولا يكفي في هذا أن يكون الشخص قد ارتكب جريمة سابقة طالما لم يصدر فيها حكم .

ولا يكفي سبق صدور حكم في جريمة سابقة بل يلتزم أن يكون هذا الحكم بالإدانة ولا يفقد العود مفترضااته القانونية وعلة التشديد فيه ومعنى ذلك أن يكون الحكم قد صدر بعقوبة جنائية .

فإذا كان الحكم صادراً بتدبير احترازي أو بعقوبة تقويمية كما هو الشأن بالنسبة للأحداث فلا يعتبر الحكم سابقة في العود .

كما يلزم أن يكون الحكم الصادر بعقوبة جنائية بجريمة هي جنائية أو جنحة فالأحكام الصادرة في المخالفات لا يعتد بها كسابقه في العود ما لم ينص القانون على خلاف

ذلك بالنسبة لبعض المخالفات وبالإضافة إلى ما سبق يجب أن يكون منتجاً لآثاره الجنائية ويكون كذلك إذا كان نهائياً صادراً من محكمة مصرية ولم يسقط بالعفو الشامل أو رد الاعتبار أو بانقضاء ثلاث سنوات على وقف التنفيذ دون ارتكاب جريمة جديدة .

ويقصد بالحكم النهائي الحكم البات الذي لا يجوز الطعن فيه بطريق من طرق الطعن العادية أو النقض وهو يكون كذلك حتى ولو كان لم ينفذ بعد لهرب المحكوم عليه أو لأي سبب آخر .

ويجب أن يكون صادراً من محكمة مصرية حتى يكون منتجاً لآثاره نظراً لأن الحكم الأجنبي غير منتج لآثاره لأن المحاكم الأجنبية غير معترف بها في محيط التنفيذ العقابي^(١) .

وتستوى أن تكون المحكمة المصرية عادية أو استئنافية .

وأن يكون الحكم مازال قائماً لم تسقط آثاره الجنائية حتى ولو كانت العقوبة المحكوم بها قد سقطت بالتقادم فالحكم الجنائي لا تسقط آثاره الجنائية بالعفو الشامل

أو برد الاعتبار القانوني أو القضائي أو بانقضاء ثلاث سنوات دون إيقاعه إذا كان مشمولاً بوقف التنفيذ الكامل أي وقف تنفيذ العقوبة والآثار الجنائية أما إذا كان وقف التنفيذ قاصر فقط على العقوبة فيظل الحكم منتجاً لآثاره الجنائية إذا ارتكب جريمة خلال الـ ٣ سنوات وتحسب سابقة في العود حتى يسقط .

المفترض الثاني

ارتكاب جريمة جديدة

يشترط أن تكون جنائية أو جنحة أما المخالفات فلا يعتد بها في العود وكقاعدة يجب أن تكون الجريمة الجديدة مستقلة تماماً عن الجريمة السابقة والتي صدر حكم فيها وهي تكون كذلك إذا كانت لاحقة في ارتكابها لتاريخ صدور الحكم في الجريمة الأولى .

وأن تكون غير مرتبطة بتنفيذ الحكم الصادر في شأنها فلا يكفي أن تكون الجريمة لاحقة لتاريخ ارتكاب الجريمة الأولى وإنما يجب أن تكون لاحقة لصدور الحكم وغير مرتبطة بتنفيذه .

ولذلك فإن جريمة هرب

المحبوسين والمنصوص عنها في المادة ١٣٨ لا يعتد بها في العود أما إذا ارتكب المحكوم عليه أثناء التنفيذ جريمة أخرى كاعتداء على زميل له في السجن أو سرقة أو غير ذلك فإنها يعتد بها في العود ويتوافر في شأنها الشرط (٢) . . .

نخلص مما سبق أن هناك شروط يجب توافرها في الحكم الذي يحتسب سابقة في العود وهو ما سوف نعرض له .

شروط الحكم الذي يحتسب سابقة في العود

قدمنا أن للعود مفترضات خلصت في وجوب حكم سابق على ارتكاب الجريمة الجديدة حتى يعتبر الشخص عائداً لذا ينبغي بيان أن هناك شروط يجب توافرها في الحكم السابق حتى يحتسب سابقة في العود وهي كالآتي :

أولاً : أن يكون الحكم صادراً بالإدانة في دعوى جنائية وهذا لا يكفي بل يتعين أيضاً أن يكون صادراً من محكمة عادية أو من محكمة استثنائية لها ولاية الفصل في جرائم القانون العام ومثال ذلك

المحاكم العسكرية أو محاكم أمن الدولة بتطبيق القانون العام .

أما إذا صدرت من المحاكم العسكرية أو أمن الدولة أحكام بناء على تشريعات استثنائية كالأوامر التنظيمية في أحوال الطوارئ أي في جرائم ليست من جرائم القانون العام فلا تحتسب سوابق في العود (٣) .

ومن باب أولى لا تحتسب سوابق الأحكام الصادرة من المجالس العسكرية على العسكريين ومن مجالس التأديب على المدنيين .

ثانياً : أن يكون صادراً من محكمة مصرية . فلا يعتد في التشريع العقابي المصري كقاعدة عامة بالأحكام الجنائية الصادرة من محاكم أجنبية (٤) .

ثالثاً : أن يكون بعقوبة جنائية يعتد بالتدابير التقويمية التي يقضى بها على الأحداث ومثال ذلك التدابير الخاصة بالإرسال إلى الإصلاحية .

ومن باب أولى التسليم للوالدين أو لغيرهم حتى ولو كان الحدث قد أصبح بالغاً عند مقارفته للجريمة الجديدة .

رابعاً : أن تكون العقوبة أصلية فلا يعتد في العود بالعقوبات التكميلية مثل الغرامة النسبية والمصادرة .

ويعتد بجميع العقوبات الأصلية سواء ما ورد منها في صلب التشريع العقابي أو في القوانين التديلية .

خامساً : أن تكون في جنائية أو جنحة فلا يعتد بالأحكام الصادرة في المخالفات إلا في مخالفات قليلة وردت في قوانين أو لوائح خاصة فلا صلة لها على أية حال بصور العود المبينة في صلب التشريع العقابي (٥) .

ويراعى أن صور العود تتأثر فحسب بالعقوبة المحكوم بها وهل هي عقوبة جنائية أم جنحة بصرف النظر عن وصف الجريمة التي من أجلها تحس توقيع العقاب (٦) .

سادساً : أن يكون الحكم حائزاً حجية الشيء المحكوم به نهائياً إما باستنفاد طرق الطعن الثلاث وهي المعارضة والاستئناف والنقض وإما بفوات ميعادها .

فلا يعتد بحكم غير حائز حجية الشيء المحكوم فيه ولو نفذ بالفعل كما يعتد بكل حكم

حائز هذه الحجية ولو لم يحصل تنفيذه لمثل هرب المتهم .

سابعاً : أن يكون الحكم السابق قائماً لم تنقض آثاره بعد بمثل العفو الشامل أو رد الاعتبار القانوني أو القضائي أو بصدور قانون لاحق يجعل الفعل مباحاً فإنه يكون بمثابة عفو شامل لأنه يزيل الصفة الإجرامية عن نفس الفعل .

أما العفو عن العقوبة كلها أو بعضها فلا يحول دون احتساب الحكم الصادر بها سابقة في العود لأن أثره مقصور على منع تنفيذها بحسب الأصل وكذلك الشأن في تقادم العقوبة .

أسباب تشديد العقاب وعلتها

أولاً : أسباب تشديد العقاب :

يرى الأستاذ محمود نجيب حسنى أن أسباب تشديد العقاب هي حالات يجب فيها على القاضى أو يجوز له أن يحكم بعقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة أو يجاوز الحد الأقصى الذى وضعه القانون لعقوبة هذه الجريمة ويتضح بذلك أن أسباب تشديد العقاب تعرف بتأثيرها على حدود السلطة التقديرية للقاضى فهي

تستبدل بحدودها العادية حدوداً جديدة حينما تكون وجوبية فتلزم القاضى بأن يحكم بعقوبة من نوع أشد مما يقرره القانون للجريمة أو أن يحكم بعقوبة مجاوزاً فى مقدارها حدما الأقصى أو هى توسع من نطاق هذه السلطة حينما تكون جوازية بتمكينها القاضى بالإضافة إلى الحكم بالعقوبة العادية للجريمة أن يحكم بعقوبة أشد منها نوعاً أو مقداراً وتطبيقاً لذلك فإنه إذا بقي القاضى فى نطاق الحدود الأصلية لسلطته التقديرية فلا يعنى ذلك توافر سبب التشديد ولو قضى بالحد الأقصى للعقوبة مقدراً جدارة المتهم بالقسوة وإنما يعتبر ذلك استعمالاً عادياً لسلطته التقديرية .

ثانياً : علة أسباب التشديد :

يرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب أن علة التشديد تكمن فى تمكين القاضى من تحقيق ملاءمة كاملة بين العقوبة التى ينطبق بها والظروف الواقعية للدعوى التى تقتضى مزيداً من التشديد يجاوز ما يسمح به القانون فى النص الخاص بالجريمة .

فالشارع وضع الحد

الأقصى للعقوبة الخاصة بالجريمة مقدراً أنه يمثل من الشدة ما يقتضيه غاية العقاب على هذه الجريمة ولكن قد تعرض فى بعض الدعاوى ظروف خاصة تقتضى مزيداً من الشدة فتكون وظيفة أسباب التشديد فى النظام القانونى هى إتاحة السبيل لاستعمال أصوب للسلطة التقديرية للقاضى (٧) .

وشأنها فى ذلك شأن أسباب التخفيف وأن يكون لكل نوع منها مجال التطبيق الخاص به ويطلق على أسباب التشديد تعبير (الظروف المشددة) ... وتشمل الظروف المشددة المادية والظروف المشددة الشخصية ويتعلق هذا التقسيم بطبيعة الظروف المشددة ونوع العناصر الإجرامية التى يمكن إلحاقها بها باعتباره يفترض تعديلاً منها يزيد من خطورتها ويستتبع تشديد العقاب .

فالظروف المشددة المادية تتعلق بالجانب المادى للجريمة فى أحد عناصره وتعنى تحققه على نحو يزيد من جسامته سواء أكان اتصالها بالفعل أم بالنتيجة

الظروف المشددة الخاصة
والظروف المشددة العامة

بعض الظروف المشددة
ينحصر نطاقه في جريمة أو
جرائم قليلة كسبق الإصرار
الذي يقتصر نطاقه على جرائم
القتل أو الجرح أو الضرب أو
إعطاء مواد ضارة وهذه هي
الظروف المشددة الخاصة .
وبعض الظروف المشددة عام
يتسع نطاقه لجميع الجرائم أو
أغلبها .

إثبات السوابق

تقديم :

بما أن العود يفترض أن
الشخص سبق الحكم عليه
بالإدانة من أجل جريمة سابقة
لذلك إذا لم يكن هناك حكم
سابق صدر على الشخص
منتجاً لآثاره فلا مجال للحديث
عن العود ولذا يتعين معالجة
كيفية إثبات السوابق لمعرفة
إذا كان قد صدر حكم على
الشخص المرتكب لجريمة
لتقرير ما إذا كان عائداً من
عدمه .

ويقع إثبات سوابق المتهم
على عاتق سلطة الاتهام لأن
الأصل في المتهم الا سوابق له
ومن المتعذر عملاً إثبات
السوابق بالبحث في سجلات

في السرقة والإغتصاب وهتك
العرض وصفة الطبيب أو
الجراح أو الصيدلي أو القابلة
في الإجهاض (٨) .

الظروف المشددة التي تبقى
للجريمة وصفها في التقسيم
الثلاثي وتلك التي تغير منه

بعض الظروف المشددة
تغلظ عقاب الجريمة مبقية مع
ذلك على نوع عقوبتها ومكتفية
بالارتفاع بمقدارها .

وهذه الظروف تبقى
للجريمة تبعاً لذلك على
وضعها في التقسيم الثلاثة
للجرائم . فارتكاب السرقة ليلاً
أو مع حمل سلاح أو ارتكابها
في مكان مسكون أو محل
عبادة ظروف مشددة تبقى لها
نوعها كجنحة ولكن بعض
الظروف المشددة تستبدل
بالعقوبة المقررة أصلاً
للجريمة عقوبة من نوع أشد
وقد تكون من شأن ذلك أن
يتغير موضعها في التقسيم
الثلاثي للجرائم .

فإذا اقترنت السرقة
بالإكراه أو ارتكبت في طريق
عمومي تحولت من جنحة
إلى جنائية .

الإجرامية فإن اتصلت بالفعل
فهى تفترض ارتكابه على نحو
أكثر خطورة وقد ترجع هذه
الخطورة إلى استخدام وسيلة
معينة تزيد من جسامته
كاستعمال السم في القتل أو
الإكراه في السرقة وقد ترجع
هذه الخطورة إلى ارتكابه في
مكان معين كالسرقة من مكان
مسكون أو محل عبادة أو
ارتكابه في زمن معين
كالسرقة أو القتل للحيوانات
ليلاً وقد تتصل الظروف
المادية بالنتيجة الإجرامية
وتفترض جسامه الأذى الذي
أحدثه الفعل مثال ذلك حدوث
الموت أو العاهة المستديمة أو
المرض أو العجز عن الأشغال
الشخصية كأثر الفعل الجرح
أو الضرب أو إعطاء المواد
الضارة .

أما الظروف الشخصية
فتقضى زيادة الإثم أو ازدياد
خطورة الشخصية الإجرامية
ومثالها سبق الإصرار في
القتل والجرح والضرب
وإعطاء المواد الضارة .

ومثالها كذلك صفات يرى
الشارع أنها إذا توافرت للجاني
دلت على إساءته استغلال الثقة
التي وضعت فيه أو السلطة
التي خولت له كصفة الخادم

المحاكم المختلفة واستفراج صور من الأحكام النهائية الصادرة ضد المتهم إن وجدت لهذا أنشئ قلم السوابق التابع لإدارة تحقيق الشخصية بذكريتو صادر في ١٨ من فبراير سنة ١٩٨٥ وهو منظم حالياً بقرار صادر منذ ٢ أكتوبر سنة ١٩١١ عدل بمجلة قرارات أحدثها صادر في ٥ مايو سنة ١٩٥٥ .

وطبقاً للمادة الأولى من هذا القرار الأخير يجب على النيابة أن ترسل إلى قلم السوابق صحفاً وفيشات عن أحكام الإدانة الصادرة من أية محكمة جنائية في جميع الجنايات وجميع الأحكام الصادرة في الجناح بالحبس لمدة سنة أو أكثر .

وكذلك الأحكام الصادرة بأية عقوبة في جناح معينة ذكرتها المادة لها أهميتها الخاصة التي تقتضي الإحاطة بالأحكام الصادرة فيها للتعرف على ماضي المتهم ، مثل السرقات والشروع فيها وإخفاء الأشياء المتحصلة منها ، والحصول بالتهديد على أي مبلغ من النقود أو أي شيء آخر والشروع في ذلك ، والتزوير وهناك العرض

والتحريض على الفسق والفجور ، ودخول المساكن بقصد ارتكاب جريمة فيها وإتلاف المزروعات وقتل الحيوانات والإضرار بها كبيراً والشروع في ذلك والفعل القاضح العلني ... والقتل الخطأ والتشرد والاشتباه وإحراز سلاح .

وعلى النيابة أن ترسل إلى قلم السوابق المحلي صوراً من صحف الأحكام الأنف بيانها فضلاً عن الأحكام الصادرة في الجناح الأخرى عدا بعض جناح قليلة لا ترسل عنها صحف مثل تلك المتعلقة بالقوانين الزراعية أو الخاصة بمكافحة الأمية أو بشأن المواليد والوفيات وكذلك الأحكام التهذيبية في جرائم الأحداث .

ويجرى تحقيق شخصية المحكوم عليهم على طريقة مضاهاة بصمات الأصابع فضلاً عن الأوصاف الجسمانية طبقاً للطريقة التي وضع أسسها الدكتور بريتون منذ سنة ١٨٧٠ .

وتعتبر مضاهاة بصمات الأصابع ضماناً كافية للحيلولة دون الخطأ أو الخلط بين أشخاص المحكوم عليهم ،

حتى عند انتقال اسم كاذب أو شخصية غير صحيحة ، فقد ثبت أن هذه البصمات لا تتماثل أبداً .

لكن الخطأ المادي في إدراج السوابق أو في ذكرها في الصحيفة محتمل ، فإذا أذكر المتهم السوابق الواردة في صحيفة سوابقه كانت ضمن الوسائل للثبوت من حقيقة إنكاره أن تستخرج صور من نفس الأحكام المسندة إليه في صحيفته للتحقق من البيانات المدرجة بها عن اسم المحكوم عليه وشهرته وسنه ومكان ميلاده ومهنته بالإضافة إلى بيان المحكمة التي أصدرت الحكم وتاريخ صدوره والعقوبة المحكوم بها والجريمة التي اقتضت توقيعها والنص الذي حكم بمقتضاه والسوابق سرية فلا يجوز إعطاء شهادات عن الأحكام المحفوظة صحفاً بقلم السوابق إلا بناء على طلب السلطة القائمة برفع الدعوى العمومية ، أو بالتحقيق في أية مسألة جنائية (م ٩ ، ١٠ من قرار ٥ مايو سنة ١٩٥٥) . أو بناء على طلب المحكوم عليه أو طلب سلطة عامة (م ١٢) .

المبحث الثانى

المطلب الأول

العود البسيط وصوره

صور العود وآثاره :

لا يتطلب العود فحسب توافر حكم سابق انعقدت له الشروط التى ذكرناها وبينناها على التفصيل السابق فقط .

بل يتطلب فى الجانى السقوط من جديد فى هاوية الجريمة بصور من الصور التى أرادها التشريع شرطاً لتشديد العقاب .

وهى قد تستمد من نوع الجريمة ، أو من تاريخ وقوعها ، ومن عدد الأحكام السابقة أو من غير ذلك من الاعتبارات .

وهناك عدة صور للعود العام وهو لا يتطلب أكثر من عودة الجانى إلى ارتكاب أية جريمة جديدة ، حتى لو لم تكن من نفس نوع الجريمة السابقة .

حين يتطلب العود الخاص درجة من التماثل أو التشابه بين الجريمتين السابقتين واللاحقة . ومن هذه الصور العود المؤبد وهو لا يتطلب أكثر من عودة الجانى إلى

ارتكاب جريمة جديدة مهما كان الفاصل الزمنى بعيداً بينها وبين الحكم السابق .

حين يتطلب العود المؤقت درجة من التقارب الزمنى بين الحكم السابق والجريمة اللاحقة . ومنها العود البسيط وهو لا يتطلب أكثر من عودة الجانى إلى ارتكاب جريمة جديدة بعد حكم سابق ، حين يتطلب العود المتكرر أو المركب ارتكاب جريمة جديدة بعد حكمين سابقين أو أكثر طبقاً للنظام الذى قد يراه الشارع .

ومن ثم فالعود إما عام أو خاص ، وإما مؤبد أو مؤقت ، وإما بسيط أو مركب .

والتدخل بين هذه الصور متصور للعود قد يكون عاماً وفى نفس الوقت مؤبداً أو بسيطاً ، أو خاصاً وفى نفس الوقت مؤبداً أو مؤقتاً ، وبسيطاً أو متكرراً وهكذا .

وللعود فى التشريع المصرى صور متعددة ترجع كلها إلى أحد نوعين رئيسيين : بسيط أو متكرر .

ويرى الأستاذ الدكتور محمود نجيب حسنى أن العود المتكرر قد يكشف عن اعتياد

على الإجرام وفى هذه الحالة يستبعد الشارع العقوبة ويستبدل بها تدبيراً احترازى هو الإيداع فى إحدى مؤسسات العمل (مادة ٥٢ ، ٥٣ المضافتان بالقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩١٧) وتفسير الاختلاف بين نوعى العود أن الشارع يرى فى العود البسيط الدلالة على عدم ارتداع المتهم بالعقوبة المقررة أصلاً للجريمة فيكتفى بتوقيفها مع زيادة مقدارها ولكنه يرى فى العود المتكرر احترافاً لنوع من الجرائم .

كما يرى أن الإعتياد على الإجرام كاشف عن خطورة إجرامية على المجتمع وفى الحالتين تكون العقوبة غير كافية . ومن ثم يجب أن تحل محلها عقوبة من نوع مختلف أو يحل محلها تدبير احترازى .

المطلب الأول

الفرع الأول

صور العود البسيط

تقديم :

يتطلب العود البسيط الرجوع إلى ميدان الجريمة بعد سبق الحكم على المتهم نهائياً بالإدانة ولو مرة واحدة

فحسب ويعرف تشريعنا صور
ثلاث للعود البسيط .

والعود دلالة إجرامية
وعقابية تتمثل في أنه أحد
المشاكل الهامة والحادة معاً في
السياسة الجنائية الحديثة
فمجالات العود البسيط عديدة
والعائدون من أخطر
المجرمين كما أن العود البسيط
نواه للعود المتكرر والإعتياد
على الإجرام .

وأهم أسباب العود هي
الأسباب العامة للإجرام ثم
سوء نظام السجون وما تتيحه
من اختلاط سيء بين النزلاء
ثم العقوبات التي يصادفها
المفرج عنه عندما يحاول
استرداد مكان شريف في
المجتمع .

ومن الأسباب التي لا يمكن
إهمالها أن العائد يواجه في
جرائمه مقاومة نفسية أقل من
غيره الذي لم يسبق له ارتكاب
جريمة من قبل أي المبتدئ .

وتتجه التشريعات الحديثة
إلى معالجته عن طريق
التشديد من العقاب ولا يستند
التشديد إلى أن الجريمة التي
يرتكبها العائد أشد جساماً مما
لو كان ارتكبها غير العائد
فالجريمة من حيث ماديتها ،

وما يترتب عليها من ضرر
وما يقع عليها من وصف غير
مشروع لا تختلف باختلاف
ما إذا كان مرتكبها عائد أو
مبتدئ وإنما يستند التشديد
إلى ما يدل عليه العود من
إصرار ومثابرة على السير في
طريق الإجرام وما ينطوي
عليه ذلك من استهانة بالإنذار
القضائي في صورة الحكم
بالعقاب وبذلك يعني إرادة
عنيدة في العائد .

ويعني أيضاً أنه خطر
ويخلق احتمال إقدامه على
جرائم تالية وأهمية هذا التحديد
لعلة التشديد هي اعتبار العود
سبب تشديد شخصي بحت
لا يغير من اسم الجريمة أو
حكمها في القانون .

المذاهب التشريعية في العود
تنازع الشارع في تحديد
أحكام العود البسيط اتجاهات
متعددة عليه أن يرجع أو ينسق
بينها وهذه الاتجاهات تتناول
موضوعات ثلاثة :

أولها : هو تحديد ما إذا
كان العود يعتبر حالة مؤبدة أو
حالة مؤقتة .

والثاني : هو المفاضلة بين
العود العام والعود الخاص .

والثالث : هو البحث فيما

إذا كان التشديد للعود جوازياً
أو وجوبياً .

الاتجاه الأول : اعتبار
العود حالة مؤبدة يعني أن
المتهم يعتبر عائداً أياً كان
الزمن الفاصل بين الحكم
السابق والجريمة التالية ، أما
اعتباره حالة مؤقتة يقتضي
اشتراط ارتكاب الجريمة
التالية في خلال فترة محددة
تحسب من تاريخ هذا الحكم أو
من تاريخ انقضاء تنفيذ العقوبة
التي قضى بها فإذا كان
ارتكابها بعد مضي هذه الفترة
فلا يعتبر العود بذلك متحققاً ،
ولكل الاتجاهين أنصاره
فأنصار اعتبار العود حالة
مؤبدة يحتجون بأن سنده هو
الإصرار على الإجرام . وهذا
الإصرار حالة نفسية لا يرد
عليها تقادم فإن اتصف بها
شخص ظلت إلى الأبد لاصقة
به .

ويرى الدكتور محمود
حسني أن الحق مع القائلين
باعتبار العود حالة مؤقتة ذلك
أن الإصرار على الإجرام
لا يمكن استظهاره إلا
كانت الجريمة التالية متقاربة
زمنياً مع الحكم السابق إذ يسوغ
عندئذ القول بأن ذلك الحكم وما
يعبر عنه من إنذار كان ماثلاً

أمام المجرم حين ارتكب جريمته التالية ومع ذلك لم يبالى به (٩) .

أما إذا كان قد مضى عليه زمن طويل فإن تأثيره عليه يتضائل بل وقد يزول فلا ينسب إليه ذلك الإصرار على الإجرام .

وغنى عن البيان أن مدة تاقبت العود ينبغي أن تطول كلما أدت العقوبة التى قضى بها الحكم جساماً. إذ العقوبة الشديدة يمتد أثرها على النفس خلال زمن أطول وقد تبني الشارع المصرى مذهب تأييد العود إذا كان الحكم السابق قد قضى بعقوبة جنائية ، وتاقبته إذا كان قاضياً بعقوبة جنحة .

الاتجاه الثانى : أما المفاضلة بين العود العام والعود الخاص فينتجه إلى البحث فيما إذا كان من الجائز اعتبار العود متحققاً ولو اختلفت الجريمة التالية . عن الجريمة التى صدر من أجلها الحكم السابق .

أم أن من الأصوب اشتراط تماثلها أو على الأقل انتمائها إلى فئة واحدة من الجرائم تجمع بينها صلة من التماثل تقوم على وحدة الباعث أو اتحاد الحق موضوع الاعتداء .

فالقائلون بفكرة العود العام يحتجون بأن أساس العود هو الإصرار على الإجرام سواء أكانت الجريمة التى يقوم عليها العائد متماثلة أم مختلفة .

إذ فى الحالتين تتوافر إرادة الإجرام ويتحقق عناءها ومثابرتها . بل قد يكون الشخص الذى يعتدى لا يبالى بنوع الحق الذى يتعرض لاعتدائه مهما كان نوعه أشد خطورة من الشخص الذى يحصر اعتدائه على نوع معين من الحقوق إذ هو أكثر منه جرماً .. أما القائلون بمذهب العود الخاص فيحتجون لذلك بأن تخصص المجرم فى نوع معين من الجرائم هو الذى يفسر سوء ظن الشارع بالعائدين . والحقيقة أن التخصص ليس من عناصر العود وإن كان لا شك يجعله أشد خطورة ، فأساس العود هو الإصرار على الإجرام سواء اقترن بالتخصص أم تجرد منه ولذلك فقد يكون الأدنى إلى الصواب اعتبار العود عاماً ثم جعل التخصص مبرراً لمزيد من التشديد أو اشتراط العود الخاص إذا كانت العقوبة السابقة يسيرة فيكون فى الخطورة المتفرعة عن التخصص ما يعطيها الأهمية التى تجعلها تصلح

أساساً للعود .

واقعد جمع الشارع المصرى بين النوعين معاً فاكتفى بالعود العام إذا كان الحكم السابق قاضياً بعقوبة جنائية أو بالحبس مدة سنة أو أكثر .

وتطلب السود الخاص إذا قضى ذلك بالحبس أقل من سنة أو بالفرامة .

الاتجاه الثالث : وعن البحث فيما إذا كان من الملاءم أن يكون التشديد وجوبياً أو جوازياً نلاحظ أن ميزة جعله وجوبياً هى ضمان أن ينال العائد التشديد الذى يستحقه ثم إسباغ طابع من الصرامة على نصوص القانون الخاص بالعود بما يكفل ردع المجرمين عن الإصرار على طريق الإجرام . ولكن ميزة جعل التشديد جوازياً هى إتاحة السبيل للتفريد القضائى وتمكين القاضى من استعمال سلطته التقديرية على الوجه الملائم لظروف المتهم فقد يكون من بين العائدين من تدل ظروف عوده على التورط فى طريق الإجرام لا الإصرار عليه فيستحق لذلك معاملة أقل تشدداً .

وقد تبني الشارع المصرى التشديد الجوازى .

الصورة الأولى

يعتبر عائداً من حكم عليه بعقوبة جنائية وثبت ارتكابه جنائية أو جنحة (الفقرة أولاً من المادة ٤٩) .

فهذه الصورة تتطلب أن يكون الحكم السابق بعقوبة جنائية . أى أن يكون بالإعدام (إذا فر المتهم فتقادت العقوبة ومضى ثلاثون عاماً وتعذر تنفيذها ، أو إذا صدر عفو عنها أو إذا ارتكب جريمة جديدة قبل تنفيذها) . أو بالأشغال الشاقة بنوعيتها ، أو بالسجن . أما إذا كان الحكم السابق بعقوبة جنحة فلا يدخل في هذه الصورة ، ولو كان قد صدر في واقعة تعد بحسب أصلها جنائية ، فالعبرة في أحكام العود هي كما قلنا بنوع العقوبة السابق الحكم بها ، لا بنوع الواقعة المحكوم بها .

أما بالنسبة للجريمة الجديدة فلا يلزم فيها أى شرط سوى أن تكون جنائية أو جنحة من أى نوع كانتا ، وفي أى تاريخ وقعتا ، فهذه الصورة الأولى تمثل عوداً عاماً على كافة الجنايات والجنح وغير محدود بمدة معينة فهي كانت تتمثل

عند وضعها عوداً عاماً ومؤبداً .

ولكن بعد إدخال نظام رد الاعتبار القانونى فى قانون الإجراءات الحالى رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ (م ٥٥٠ إلى ٥٥١) لم يعد هناك عود مؤبد فى تشريعنا المصرى .

وأصبحت كل صور العود حتى هذه الصورة الأولى مؤقتة . فالحكم السابق ولو كان بعقوبة جنائية تزول آثاره حتماً لأن رد الاعتبار عن السابقة القديمة يقع من تلقاء نفسه وبقوة القانون بعد ست سنوات من تاريخ تنفيذها أو العفو عنها ، أو اثنتى عشر سنة إذا كان الحكم قد اعتبره كاستمرار سقطت العقوبة بمضى المدة بحسب الأحوال ، ومن تاريخ انقضاء العقوبة أو سقوطها بمضى المدة ولو كانت عقوبة جنائية . فلا يمكن احتساب هذا الحكم سابقة فى أية صورة من صور العود بعد انقضاء هذه المدة (١٠) .

الصورة الثانية

يعتبر عائداً من حكم عليه بالحبس مدة سنة أو أكثر ، وثبت أنه ارتكب جنحة قبل مضى خمس سنين من تاريخ

انقضاء هذه العقوبة أو من سقوطها بمضى المدة (الفقرة ثانياً من المادة ٤٩) .

فهذه الصورة تتطلب أن تكون الجريمة الجديدة جنحة وقضت قبل مضى خمس سنين من تاريخ انقضاء العقوبة السابقة إذا كانت قد نفذت أى من تاريخ انتهائها الفعلى لا من تاريخ الإفراج الشرطى ولا من تاريخ انقضاء مراقبة البوليس إذا كان قد حكم بها كعقوبة تكميلية للحبس (١١) .

وتحتسب مدة الخمس سنوات من تاريخ تقادم العقوبة السابقة ، إذا لم تكن قد نفذت لمثل هرب المتهم .

ولا يلزم أى تماثل أو تشابه بين نوع الجريمة الجديدة ، ونوع الجريمة التى كانت موضوع الحكم السابق .

فالعود فى هذه الصورة الثانية عام ، ولكنه مؤقت بفترة محددة هي خمس سنوات تختص بالتقويم الميلادى (١٢) .

ويلزم أن تكون الواقعة الجديدة جنحة دائماً .

الصورة الثالثة

يعتبر عائداً من حكم عليه بجناية أو جنحة بالحبس لمدة أقل من سنة واحدة ، أو بغرامة ، وثبت أنه ارتكب جنحة مماثلة للجريمة الأولى قبل مضي خمس سنين من تاريخ الحكم المذكور (الفقرة الثالثة من المادة ٤٩) .

فهذه الصورة تتطلب أن يكون الحكم السابق بالحبس لمدة أقل من سنة . سواء في جنحة ، أم في جناية تتوافر لها أحد الإعذار القانونية أو الظروف القضائية المخففة . أو أن يكون بالغرامة أياً كان مقدارها ، ما دامت الواقعة جنحة وليست مخالفة .

كما تتطلب أن تكون الجريمة الجديدة جنحة وقعت قبل مضي خمس سنين من تاريخ الحكم السابق لا من تاريخ انقضاء العقوبة ولا من سقوطها بمضي المدة وأن تكون هذه الجنحة مماثلة للجريمة الأولى أى من نفس فصيلتها أو نوعها ، فلا تتحقق هذه الصورة الثالثة من العود إذا لم يتوافر هذا التماثل .

ويحسب نفس المادة ٤٩ في فقرتها الأخيرة « تعتبر

السرقه والنصب وخيانة الأمانة جنحاً متماثلة في العود . وكذلك يعتبر العيب والإهانة والسب والقذف جرائم مماثلة » . وهذا البيان وارد في عجز المادة ٤٩ على سبيل المثال لا الحصر ، ومن فإن كل الجرائم التي من فصيلة واحدة تعتبر متماثلة فيما بينها ، ولو كانت غير واردة فيه .

ولذا يعتبر إخفاء الأشياء المتحصلة من جناية أو جنحة مماثلاً للجريمة التي عن طريقها تم الحصول على هذه الأشياء ، ومماثلة بالتالى للسرقه والنصب وخيانة الأمانة .

كما يعتبر البلاغ الكاذب وإفشاء الأسرار مماثلين لجرائم المساس بالإعتبار الأخرى كالقذف والسب . وتعتبر جرائم المساس بسلامة جسم المجنى عليه كالقتل والضرب والجرح متماثلة فيما بينها ، كما تعتبر جرائم التخريب والتعيب والإتلاف متماثلة فيما بينها كذلك وهكذا

وتعتبر الجريمة التامة مماثلة للشروع فيها ، كما يعتبر الفعل الأصلي متماثلاً

للإشتراك فيه .

ويلزم هنا أيضاً في هذه الصورة الثالثة أن تكون الواقعة الجديدة جنحة لا جناية .

آثار العود البسيط

إذا توافرت إحدى حالات العود البسيط رتب المشرع على ذلك جواز تشديد العقوبة المقررة للجريمة الجديدة ويلاحظ أن مجرد الشك في صحيفه الحالة الجنائية لاختلاف الأسماء لا يصلح لاستبعادها ما دام أنه كان في مقدور المحكمة أن تتحقق من كون السابقة للمتهم أو لبست له عن طريق فحص البصمات وهي الطريقة الفنية التي تستخدمها إدارة تحقيق الشخصية في إدراج سوابق المجرمين وفي الكشف عن هذه السوابق (١٣) .

ولقد نصت المادة ١/٥٠ لعقوبات على أنه يجوز للقاضي في حالة العود المنصوص عنه في المادة السابقة أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد .

وعليه فقد أجاز المشرع التشديد في حالة العود البسيط بما يجاوز الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة الجديدة بشرط عدم مجاوزة ضعف هذا الحد ومعنى ذلك أن القاضي إذا رأى التشديد للعود أن يحكم بعقوبة تقع ما بين الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة وبين ضعف هذا الحد الأقصى .

لذلك إذا تحققت إحدى صور العود البسيط الواردة في المادة ٤٩ جاز للقاضي أن يحكم بأكثر من الحد الأقصى المقرر قانوناً للجريمة ، بشرط عدم تجاوز ضعف هذا الحد .

ومع هذا لا يجوز في أي حال من الأحوال أن تزيد مدة الأشغال الشاقة أو السجن على عشرين سنة (م ٥٠) .

والتشديد جوازى للمحكمة ، فلها إذا شاءت أن تتجاوز عن ظرف العود وتحكم بعقوبة مناسبة تختارها بين الحدين الأدنى والأقصى للعقوبة الأصلية .

ولها أيضاً أن تجاوز الحد

الأقصى للعقوبة الأصلية عند توافر العود البسيط بشرط عدم تجاوز ضعفه في الجرح .

فمثلاً إذا كان الحد الأقصى للجنة هو الحبس لمدة سنة كان للمحكمة أن تحكم في حدود الحد الأقصى دون أن تتجاوز به مدة سنتين ، وإذا كان هذا الحد الأقصى لمدة ثلاث سنوات كان للمحكمة أن تحكم به لمدة ست سنوات ، ومع مراعاة أن الحد الأقصى للحبس لا يتجاوز ست سنوات عند العود وكذلك عند تعدد الجرائم .

ويشترط ألا تزيد في الجنايات مدة الأشغال الشاقة أو السجن على عشرين سنة (بدلاً من ١٥ سنة فقط وهو الحد الأقصى العادى) (١٤) .

ولا يؤثر العود في الحد الأدنى للعقوبات .

والعود البسيط في بعض الجرح قد يسمح ، فضلاً عن تجاوز الحد الأقصى ، بتوقيع عقوبة تكميلية لا يمكن توقيفها على المتهم المبتدئ .

ومن ذلك ما نصت عليه المادة ٣١٠ من أن المحكوم عليهم بالحبس لسرقة يجوز في حالة العود أن يوضعوا تحت مراقبة البوليس مدة سنة على الأقل أو سنتين على الأكثر .

وقد وردت نفس العقوبة في المادة ٢/٣١٦ بالنسبة لحالة العود إلى النصب (١٥) .

هذا إلى أن الأحكام الصادرة بالحبس على متهم عائد تكون واجبة التنفيذ فوراً ولو مع حصول استئنافها ، إلا إذا قدم المتهم كفالة بعينها القاضي وجوباً في حكمه (م ٦٤٣/ إجراءات) .

المطلب الثانى

العود المتكرر

الفرع الأول :

شروط العود المتكرر في التشريع الجنائى المصرى كصورة للعود الخاص

المطلب الثانى :

العود المتكرر

تعريف العود المتكرر : العود المتكرر هو حالة الشخص الذى تعددت أحكام الإدانة

ويلزم فيها بداهة كل ما يلزم
توافره من شروط في الأحكام
التي تحتسب سوابق في
العود ، والتي بينها في هذا
البحث .

ثالثا : أن تكون السوابق في
جرائم معينة :

١ - وهذه الجرائم طبقا
للمادة ٥١ هي جرائم السرقة
أو إخفاء الأشياء المسروقة أو
النصب أو خيانة الأمانة أو
التزوير أو الشروع في هذه
الجرائم جنحا كانت أم
جنايات .

٢ - وهذه الجرائم طبقا
للمادة ٥٤ هي جنح قتل
الحيوانات من دواب الركوب
أو الجر أو غيرها من انواع
المواشى بغير مقتضى ، أو
الأضرار بها ، أو اسم هذه
الحيوانات أو الاسماك (م
٣٥٥) وجنايات ارتكاب هذه
الجرائم نفسها ، ويتحقق ذلك
إذا وقعت ليلا (م ٣٥٦) .

وجنح اتلاف زرع وغير
محصول أو شجر ، أو غيط
مبدور أو اقتلاع شجرة أو
أكثر ... (م ٣٦٧) وجنايات
ارتكاب هذه الجرائم نفسها .

ويتحقق ذلك إذا وقعت ليلا من

إلى العود المتكرر إذا توافرت
شروطه الأخرى . وبالتالي
لا يمكن تطبيق إحدى المادتين
٥١ و ٥٤ على الجاني بحسب
الأحوال إلا إذا انطبقت أولاً
المادة ٤٩ بإحدى فقراتها
الثلاث .

أو بحسب محكمة النقض
يشترط لاعتبار المتهم عائداً .
في حكم المادة ٥١ أن يكون
عائداً بمقتضى قواعد العود
العامة المنصوص عليها في
المادة ٤٩ (١٨) .

ثانيا : توافر عدد معين من
السوابق :

يميز العود المتكرر عن
العود البسيط انه يلزم فيه
توافر عدد معين من السوابق
حين تكفى هناك سابقة واحدة
فحسب .

وهذا العدد يتمثل في
عقوبتين مقيدتين للحرية
كلتاهما لمدة سنة على الأقل أو
في ثلاث عقوبات مقيدة للحرية
أحداها على الأقل لمدة سنة .

وذلك بصرف النظر عن
تاريخ تلك الأحكام مادام لم يرد
للمتهم اعتباره القانوني أو
القضائي .

الصادرة ضده من أجل نوع
معين من الجرائم ارتكب
جريمة تالية تنتمي إلى النوع
ذاته ويحدد الشارع عدد أحكام
الإدانة التي يتعين صدورها
ونوع الجرائم التي تصدر من
أجلها .

الفرع الأول :

شروط العود المتكرر في
التشريع الجنائي المصري
كصورة للعود الخاص

يعرف التشريع المصري
صورة معينة من صور العود
المتكرر وردت في المادتين
٥١ ، ٥٤ تتميز بأنها تمثل في
نفس الوقت صورة لعود
خاص وتتطلب هذه الصورة
اجتماع أربعة شروط على
النحو الآتي :

أولاً : توافر إحدى صور
العود البسيط

لا يمكن أن يتحقق العود
المتكرر في القانون المصري
إلا إذا توافرت ابتداء إحدى
الصور الثلاث للعود البسيط
التي سبقت .

فالعود البسيط هو السبيل
الأوحد الذي يؤدي لصاحبه

ثلاث اشخاص، أو من شخص واحد، أو اثنين يحمل واحد منهما بالأقل سلاحاً (م) (٣٦٨).

وقد رسم الشارح صورة العود المتكرر لهاتين الفئتين من الجرائم على أساس أنها كثيرة الوقوع من جنائهم يتمادون أحياناً في ارتكابها إلى المدى الذي يصبح نوعاً من الاعتداءات، لهذا قصير عليهما العود المتكرر بما يفوقه لأقاضي من سلطة الحكم بعقوبة الاشغال الشاقة المؤقتة من سنتين إلى خمس سنوات بدلاً من الحكم بالعقوبة الأصلية أو التشديد العادي الذي يسمح به العود البسيط.

رابعاً : أن تكون الجريمة الجديدة من نفس النوع :

يشترط أخيراً أن تكون الجريمة الجديدة من نفس النوع الذي كان محلاً لسوابق التهم وتعتبر جرائم الفئة (١) التي ذكرت، في ثالثاً كما بينهاها كلها من نوع واحد وكذلك جرائم الفئة (٢) بغير تدخل بين جرائم الفئتين .

كما يراعى أن تكون

الجريمة الجديدة جنحة دائماً أما السوابق الماضية فيستوى أن تكون في جنح أم في جنابات .

وقد استلزمت المادة ٥١ صراحة أن تكون الجريمة الجديدة جنحة . كما استلزمت ذلك المادة ٥٤ عندما خصت بالذكر جرائم المادتين ٣٥٥ ، ٣٦٧ وكلها جنح . وهذا الشرط الأخير متصل في الواقع بخاصية مشتركة بتجمع بين كل صور العود البسيط والمتكرر في التشريع المصري هذه الخاصية هي أن العود في كل صور قد يكون من جنابة إلى جنحة (كما في المادة ١/٤٩) أي أن تكون السابقة القديمة في جنابة

والجريمة الجديدة أيضاً عبارة عن جنحة أو جنحة . كما قد يكون من جنحة إلى جنحة

(كما في المادة ٤٩ ، ٢١ ، ٣ ، ٥٤) وإنما لا يكون أبداً من جنحة إلى جنابة فإذا كان الحكم السابق في جنحة

(وقضى فيها بالنال بعقوبة الجنحة) وكانت الجريمة الجديدة بطبيعتها جنابة فلا تتحقق أية صورة من صور العود البسيط ولا المتكرر لأن عقوبة الجنابة أشد بطبيعتها

من عقوبة الجنحة والمحكمة في نطاق عقوبة الجنابة المقررة بطبيعتها للواقعة الجديدة من الحرية ما يسمح لها بالتشديد إلى المدى الذي تراه مناسباً لجسامة الواقعة الجديدة من جهة ولخطورة مرتكبها من جهة أخرى بغير ما حاجة للاستعانة بأحكام التشديد للعود البسيط ولا المتكرر .

العود المتكرر والاعتداء على الأجرام :

الاعتداء على الأجرام هو حالة من توافرت لديه شروط العود المتكرر وثبتت بالإضافة إلى ذلك خطورته الإجرامية أي احتمال إقدامه على ارتكاب جريمة تالية .

وأوضح مثال للمجرم المعتاد المجرم المحترف أي الذي يعتمد على الجريمة في كسب عيشه وينظر إليها كما ينظر كل ذي مهنة إلى مهنته ولكن فكرة المجرم المعتاد أوسع نطاقاً من فكرة المجرم المحترف فقد لا يكون الاعتداء وليد الاحتراف وإنما ثمرة ضعف الإرادة أو وليد الوسط السوء أو النهج المعوج في الحياة .

ويقابل المجرم المعتاد ويقف منه على طرف تقيض المجرم بالصدقة أو بالمصادفة وترجع فكرة المجرم المعتاد الى ملاحظة أن بعض المجرمين يصرون على طريق الجريمة اصرارا شديدا

فلا تفلح في تهديدهم عقوبات عديدة يقضى بها عليهم بل ان الواحد منهم يخرج من السجن اشد اصرارا على الجريمة من يوم أن ادخل فيه وقد وجه ذلك الأذهان الى امرين :

الاول : ان هذا النوع من المجرمين صنف خاص يتميز من حيث خصائص اجرامه واسبابه عن المجرمين العاديين .

الثاني : ان العقوبة اسلوب غير مجد في مواجهة هذا الاجرام اذ ان توقيعها لم يحل دون الاصرار عليه ومن ثم تعين غير محدوده فيكون في ذلك الضمان في الا يعود المجرم المعتاد الى المجتمع الا بعد أن تزول خطورته باستئصال الميل الاجرامي .

نطاق العود المتكرر :

بحصر الشارع نطاق العود

المتكرر في مجموعتين من الجرائم الاولى هي :

١ - جرائم للاعتداء على المال التي يدفع الى ارتكابها الطمع في مال الغير كالسرقة أو الشروع فيها .

٢ - هي بعض جرائم الاعتداء على المال الذي يدفع الانتقام الى ارتكابها وهي مثل الحيوانات واتلاف المزروعات .

وكل مجموعة مستقلة عن الاخرى . فيتعين أن تكون العقوبات المتعددة التي حكم بها على المتهم من أجل جرائم تدخل في نطاق احدى المجموعتين وأن تكون الجريمة التالية منتمية الى المجموعة ذاتها فان انتمت الى المجموعة الاخرى فلا يتوافر العود المتكرر .

نطاق الاعتیاد على الأجرام :

حصر الشارع نطاق الاعتیاد على الأجرام في المجموعة الاولى من الجرائم فحسب فلا مجال له بالنسبة لجرائم المجموعة الثانية ويعمل ذلك بان جرائم المجموعة

الاولى هي التي يغرى ارتكابها بالاعتیاد عليها بل واحترافها وذلك لانها تغل كسب مادي مما قد يجعل الاعتماد عليها كمورد لكسب غير المشروع .

ولقد نصت على احكام الاعتیاد على الأجرام المادتان ٥٢ ، ٥٣ عقوبات ويتضح من ذلك ان شروط الاعتیاد على الأجرام هي تعينها شروط العود المتكرر التي سلفت مضاف اليها شرط جديد هو الخطورة الاجرامية للمتهم وهذه الخطورة كما بين الشارع هي (الاحتمال منها القاضي القول بتوافر الخطورة فذكر انها ظروف الجريمة وبواعثها وان يفحص احوال المتهم وماضيه لكي يستخلص من كل ذلك مدى توافر الاحتمال السابق ومؤدى ذلك ان القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في استخلاص ذلك الاحتمال .

واشارة الشارع الى (احوال المتهم) هي اشارة الى شخصيته الاجرامية وهو ما يفترض (الفحص السابق) الذي يقوم به خبراء مخصصون يقدمون نتائج فحصهم الى القاضي كي

يستعين بها في تحديد معالم الشخصية الإجرامية للمتهم وقد اشار الشارع كذلك الى (الماضي الاجرامى للمتهم) ويعنى به عدد احكام الادانة السابقة ضده فيما يزيد عن القدر الادنى الذى يتطلبه القانون .

فكلما زاد عدد هذه الاحكام وكلما اسرع النشاط الاجرامى فى التلاحق فكانت المدة الفاصلة بين كل جريمة والتي تليها قصيرة كان ذلك قرينة على الاعتياد ويعتبر تاريخ الابتداء فى النشاط الاجرامى من هذه القرائن كذلك فالمجرم المعتاد يبتدىء نشاطه فى الغالب فى سن مبكرة .

حالة خاصة من الاعتياد على الأجرام

نصت المادة (٥٣ ع) اذا سبق الحكم على العائد بالاشغال الشاقة عملا بالمادة ٥١ من هذا القانون او باعتباره مجرما اعتاد الاجرام ثم ارتكب فى خلال سنتين من تاريخ الافراج عنه جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى تلك المادة حكمت المحكمة بايداعه احدى مؤسسات العمل

المشار اليها فى المادة السابقة الى ان يأمر وزير العدل بالافراج عنه بناء على اقتراح ادارة المؤسسة وموافقة النيابة العامة . ولا يجوز ان تزيد مدة الايداع فى هذه الحالة على عشر سنوات .

ولتطبيق هذه المادة مجالان :

المجال الأول : ان يكون قد حكم على العائد بالاشغال الشاقة تطبيقا للمادة ٥١ عقوبات مما يعنى ان شروط العود المتكرر قد توافرت لديه .

المجال الثانى : فهو ان يكون قد سبق اعتياده مجرما اعتاد الاجرام وحكم بايداعه فى احدى مؤسسات العمل تطبيقا للمادة (٥٢ ع) ويفترض ذلك توافر شروط العود المتكرر بالاضافة الى الخطورة الاجرامية .

ونلاحظ ان الشارع لم يتطلب اثبات الخطورة الاجرامية فى حالة ما اذا كان المحكوم عليه قد سبق الحكم عليه بالاشغال الشاقة ، ومؤدى ذلك انه قد افترض

هذه الخطورة افتراضا لايقبل اثبات العكس . ويبرر هذا الافتراض ان عدم ارتداع المتهم بعقوبة الاشغال الشاقة قرينة على خطورته .

والاثر المترتب على توافر الشروط التى حددتها م ٥٣ ع هو ايداع المجرم احدى مؤسسات العمل ايداع غير محدد المدة ولكن الشارع يضع له حدا اقصى هو عشر سنوات وهو مرتفع عن الحد الاقصى الذى نصت عليه المادة ٥٢ ع وقد رأى فى ذلك أن المجرم العائد اشد خطورة .

الفرع الثانى اثار العود المتكرر اذا تحققت صورة العود المتكرر المبينه بالماده ١٥١ و ٥٤ فالقاضى ان يحكم على المتهم بالاشغال الشاقة من سنتين الى خمس سنين ، بدلا من الحكم بالعقوبات العادية أو بالعقوبات المقرره فى حالة العود البسيط .

ولما كانت كل احوال العود المتكرر تقتضى فى نفس الوقت توافراحدى صور العود البسيط لذا يكون للقاضى هنا ايضا الخيار بين ان يحكم

بالعقوبة المناسبة بين الحدين الأقصى والادنى للعقوبة الاصلية أو أن يشدد العقوبة بحيث لا تتجاوز ضعف حدها الأقصى الاصيل إذا شاء الاكتفاء بما هو مقرر بالمادة ٥١ أو أن يحكم بعقوبته الاشغال الشاقة من سنتين الى خمس سنين .

فكان له سلطة تقدير واسعة بين حد ادنى قد يصل الى الحبس لمدة ١٤ ساعة وقد يكون مع وقف التنفيذ وبين حد اقصى قد يصل الى الاشغال الشاقة لمدة خمس سنين وتكون مع النفاذ وجوبا وكل ذلك حسبما يقدره القاضى من عدد سوابق المتهم وخطورة احكامه السابقة وجريمته اللاحقة .

هذا وقد يتعين توضيح اثر العود المتكرر فى نوع الواقعة وهل يؤدى الى تغيير وصف الجنحة الى جنائية تبعا لعقوبتها الجديدة أم لا .

وبحسب السائد فى احكام القضاء المصرى تعتبر الواقعة جنحة قبل الحكم فيها وتعتبر جنائية اذا حكم فيها فعلا بعقوبة الاشغال الشاقة واصبح الحكم نهائيا حائزا حجية الشئ المحكوم فيه لان جرائم العود المتكرر قلقة النوع بحسب تعبير محكمة النقض فتكون

الواقعة جنائية أو جنحة بحسب نوع العقوبة المحكوم بها نهائيا .

عن الايداع فى احدى مؤسسات العمل

نصت المادة ٥٢ (وكانت قد الغيت بالقانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٦ ثم اضيفت بالقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٧٠) على انه اذا توافر العود طبقا لاحكام المادة السابقة جاز للمحكمة بدلا من توقيع العقوبة المبنية فى تلك المادة ان تقرر اعتبار العائد مجرما اعتاد الاجرام متى تبين لها من ظروف الجريمة وبواعثها ومن احوال المتهم وماضيه ان هناك احتمالا جديا لاقدامه على اقتراف جريمة جديدة وهى هذه الحالة تحكم المحكمة بايداعه احدى مؤسسات العمل التى يصدر بانشائها وتنظيمها وكيفية معاملته من يودعون بها قرار من رئيس الجمهورية وذلك الى ان يامر وزير العدل بالافراج عنه بناء على اقتراح ادارته المؤسسه وموافقه النيابة العامة .

ولا يجوز ان تزيد مدة الايداع فى المؤسسه على ست سنوات ونصت المادة ٥٣ السابقة التى الغيت ثم اضيفت بالقانون ٥٦ لسنة ١٩٨٠ على

انه اذا سبق الحكم على العا بالاشغال الشاقة عملا بالمادة ٥١ من هذا القانون أو باعتبار مجرما اعتاد الاجرام ثم ارتكب فى خلال سنتين من تاريخ الافراج عنه جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى تلك الحالة حكمت المحكمة بايداعه احدى مؤسسات العمل المشار اليها فى المادة السابقة الى ان يامر وزير العدل بالافراج عنه بناء على اقتراح ادارة المؤسسه وموافقه النيابة العامة .

ولا يجوز ان تزيد مدة الايداع فى هذه الحالة على عشر سنوات .

وعند توافر شروط المادة ٥٣ ينبغي على المحكمة ان تعنى ببحث قيام حالة العود المتكرر أو عدم قيامها وعليه ان تبين سبب التفاتها عز اعمال حكمها فى حق المتهم ومتى توافرت شروط تطبيقه لان حكمها وجوبى على المحكمة فلا تملك فى ذلك سلطة تقديرية كما هو الشأن عند تطبيق المادة ٥٢ فاذا لم تبين المحكمة سبب اغفالها حكم المادة ٥٣ كان حكمها مشوبا بالقصور (١٧) .

كما ينبغي ان يراعى هنا اعتبار هام وهو ان المادة ٥٢ الآنفة الذكر أشارت صراحة

الى ان مؤسسات العمل يصدر بانشائها وتنظيمها وكيفية من يودعون بها قرار من رئيس الجمهورية وقد احوالت المادة ٥٣ الى المؤسسات العمل المشار اليها في المادة السابقة .

ويبدو انه لم يصدر بعد قرار جمهوري بإنشاء مؤسسات العمل سائلة الذكر ومن ثم فان احكام المادتين ٥٢ ، ٥٣ تعتبران معطلتان عملا عن التطبيق لا ستحاله تنفيذها وتكون المادة ٥١ هي واجبة التطبيق اذا استوفت شرائطها الى ان يصدر القرار الجمهوري المشار اليه (١٨) .

والتشديد للعود في جميع صورته شخصي بحت فهو ينصرف الى من يتصف به سواء اكان فاعلا اصليا للجريمة ام مجرد شريك فيها ولا يتعداه الى باقي مقترفيها .

المبحث الثالث :

خاتمه

مدى خضوع العود لرقابة النقض

تقدير توافر سابقه للمتهم أو أكثر مما قد يسمح تطبيق احكام العود عليه فصل في مساله موضوعيه فلا يخضع لرقابة النقض الا في الحدود العامه التي تراقب فيها هذه الاخيره كافة المسائل

الموضوعيه وبوجه خاص سلامة التدليل على ثبوت السوابق واستنتاج هذا الثبوت بادلته منطقيه سائغه تؤدي اليه سواء اكانت مستمدة من صحيفة سوابق المتهم او من صور الاحكام السابقه بالاوراق ام من اعترافه بهذه السوابق .

اما تطبيق القانون على حالة المتهم بما يقتضي اعتباره عائد أم غير عائد فهو تطبيقه الحال فصل في مساله قانونيه مما يخضع لرقابة النقض بشرط توافر مصلحة للطاعن من طعنه .

اذ قد يخطيء حكم الادانة في تطبيق احكام العود فيعتبر المتهم عائدا حين انه لا يعد كذلك بحسب التطبيق التصحيح للقانون . فإذا أدى هذا الخطأ الى تجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة أصلا للواقعة فتكون للمتهم مصلحة ولاشك في الطعن بالنقض في مثل هذا الحكم ويكون على محكمة النقض أن تصحح الخطأ بنفسها مستبعدة مادة العود المطبقة خطأ ومقدره للمتهم عقوبة مناسبة بعد استبعاد هذه المادة .

أما إذا لم تتجاوز محكمة الموضوع الحد الأقصى للعقوبة المقررة في المواد المنطبقة على التهمة بغير عود

فلا يجدى المتهم التمسك بان المحكمة اخطأت في تطبيق احكام العود . اخذته بالشدة بناء على صحيفة سوابق ليست له (١٩) . اخذا بنظره العقوبة المبررة ومقتضاها هنا انتفاء المصلحة من الطعن الا اذا شدد الحكم المطعون فيه العقوبة بسبب العود المزعم الى الحد الذي لا يمكن تبريره عن نفس الواقعة تغير عود . وهذا حل محل نظر إذ أن محكمة الموضوع تكون عند تقدير العقوبة في العود واقعة حتما تحت تأثير من الاعتقاد الزائف بتوافره حتى ولو لم تتجاوز الحد الأقصى للعقوبة المقررة أصلا للواقعة أو حتى إذا لم تصل اليه لذا تحسن محكمة النقض صنعا لو سمحت لنفسها باعادة تقدير العقوبة لو كان هناك خطأ قانوني في القول بتوافر العود إذا لم يكن المتهم عائدا أيا كان مصدر الخطأ ومداه وذلك لجعل العقوبة مناسبة مع جسامه الواقعة وخطورة الجاني بحسب التطبيق الصحيح للقانون .

وذلك يدخل في صميم رسالتها فهي عند كل خطأ في تطبيق قانون العقوبات لها بل عليها تصحيح الخطأ وإعادة تقدير العقوبة المناسبة بعد التصحيح (٢٠) .

شواهد

- (١) قانون العقوبات القسم العام طبعة ١٩٧٦ الدكتور مأمون سلامة (٣) .
- (٢) مأمون سلامة المرجع السابق .
الدكتور/ يسر انور شرح النظرية العامة .
الدكتور/ محمود محمود مصطفى القسم العام شرح قانون العقوبات .
الدكتور/ رمسيس بهنام القسم العام .
- (٣) مبادئ القسم العام من التشريع العقابي طبعة ١٩٧٩ الدكتور رؤف عبيد شرح قانون الجاني القسم العام الدكتور احمد صفوت .
- (٤) لبواتقان تحقيق الجنايات ج ١ م ٧ فقره ١٧٧ .
- (٥) ومثال ذلك المادة ٢٠ من القانون رقم ١ لسنة ١٩٢٦ بشأن مقاومة انتشار الملاريا ومثل المادة ٢/٢٥ من القرار الصادر في مارس سنة ١٩٢٦ بنظام السكك الحديدية وهي نصوص معطلة عملا .
- (٦) نقض ١٩٥٨/٥/٢٦ احكام النقض س ٩ رقم ١٤٤ ص ٥٦٦ .
- (٧) قانون العقوبات القسم العام للدكتور محمود نجيب طبعة ١٩٨١ .
- (٨) المرجع السابق وايضا قانون العقوبات القسم العام الدكتور محمود نكي عامر .
- (٩) قانون العقوبات القسم العام الدكتور محمود نجيب حسنى .. المدخل واصول النظرية العامة .
- (١٠) رؤف عبيد مبادئ التشريع العقابي - الاحكام العامة في قانون العقوبات الدكتور/ السيد مصطفى السيد .
- (١١) نقض ١٩٥١/١١/٦ احكام النقض س ٣ رقم ٥٥ ص ١٤٧ .
- (١٢) هذا هو الرأي المعمول به حاليا استنادا الى المادة ٥٦٠ اجراءات .
- (١٣) نقض ٣١ مايو سنة ١٩٦١ مجموعة الاحكام س ١٢ رقم ١٠١ ص ٥٣٢ .
- (١٤) وهذا الشرط يتوافر بالنسبة للصوره الاول للعود الوارده في الفقره اولا من المادة ٤٩ لان العود يكون فيها من عقوبه الى جنحه او الى جنايه . اما في الصورتين الاخرتين فلا يمكن ان يتوافر ذلك لان العود يكون فيها دائما من عقوبة جنحه الى جنحه لا جنايه .
- (١٥) وفي بعض القوانين قد يرتب الشارع للعود أثارا خاصه ويضع له قواعد مختلفه وقد فعل ذلك في قانون مكافحة التسول .
- (١٦) نقض ١٩٥٩/١/١٢ احكام النقض س ١٠ رقم ٥ ص ١٨ .
- (١٧) نقض ١٩٧٣/٣/١٨ احكام النقض س ٢٤ رقم ٧١ ص ٣٣٠ .
- (١٨) نقض ١٩٧٣/٥/١٨ س ٢٤ رقم ١٣٨ ص ٦٦٨ .
- (١٩) نقض ١٩٤٢/١٢/٢٨ قواعد محكمة النقض ج ٢ رقم ٢٨٢ .
- (٢٠) من هذا يرى حامد فهمي في مقال عن العقوبه المبرره في القانون والاقتصاد عدد يونيو سنة ١٩٣١ ص ٥٧٦ و ٥٧٧ وهذا الحل سائد في فرنسا وبلجيكا حيث استقر الرأي على أن المصلحه تتوافر دائما عند خطأ الحكم المطعون فيه في احكام العود هذا ولو ان النقص تقصى بالنقض وبالاخاله فلا تصح الخطأ بنفسها طبقا لنظام النقض هناك .

الحاجة الى اصلاح النظام القضائى المصرى

للسيد الأستاذ / عبد الفتاح عبد المنعم الصبروتى
المحامى

ان ضمان تحقيق العدالة
بواسطة الجهاز القضائى رهن
بأمرين :

أولهما : شخص الجالس
على كرسى القضاء .

ثانيهما : الامكانيات
المادية والاجتماعية التى
تتوافر للقاضى لتعيينه على
آداء وظيفة اقامة العدالة فى
المجتمع .

والامر الاول المتعلق
بشخص القاضى ذاته ، من
حيث قدراته وملماته التى
تؤهله لممارسة عمله بحث
النزاعات المعروضة عليه ثم
تطبيق صحيح القانون الواجب
بشأنها عن بصيرة وروية هو
أمر يعود بالدرجة الاولى الى
القاضى نفسه ، لأنه أمر نابع
من ذاته وملتصق به وهو نتاج
لتكوينه واستعداده لممارسة
هذه الوظيفة :

أما الأمر الثانى المتعلق
بالامكانيات المادية
والاجتماعية المتوافرة له ،

فذلك يعود الى الدولة متمثلا
فى أجهزة عديدة معنية بهذا
الشأن ، من حيث مدى
توفيرها الظروف المادية
والاجتماعية للقاضى ،
وبالشكل الذى يليق بأرفع
وأسمى وظيفة يمارسها
شخص فى المجتمع بأسره .
يضاف اليها مدى ما يستشعره
القاضى من تقدير واحترام من
قبل السلطة والشعب معا ،
و ضمانات عدم المساس بقدسية
هذه الوظيفة الحساسة ، أو
التأثير عليها من قبل أى جهة
أو فرد كان ، وفى أى صورة
كانت وهو للأسف ما لم يعد
متوافر لقضائنا فى الوقت
الراهن .

فهذين الأمرين - يمثلان
فى تقديرنا - الحد الأدنى من
مقومات وجود جهاز قضائى
قادر على تحقيق العدالة فى
المجتمع بمعناها المتعارف
عليه منذ أن أكتنفتها الشرائع
السماوية ، فاذا افتقدنا أى منها
أو بعض مكوناتها التئ

سنعرض لها بعد ، اهتز
كرسى العدالة ، واهتز معه
ميزان العدالة الذى يمسك به
الجالس على هذا الكرسي ،
فانعدم الأمن والأمان فى
المجتمع .. وهنا الى من يلجأ
الناس لرد المظالم وتقرير
الحقوق ؟

اولا : القدرات الشخصية
للقاضى :

فاذا ناقشنا الأمر الاول
المتعلق بمدى توافر القدرات
والامكانيات الشخصية أو الذاتية
للقاضى وتكوينه واستعداده
لممارسة العملية القضائية ،
نقول أن هذا الأمر لم تعد
تتوافر جميع عناصره متكاملة
فى نسبه ليست بقليله ممن يتم
اسناد مهنة القضاء اليهم خلال
السنوات القليلة الماضية ، اذا
ما قورن الوضع بما يتمتع به
قدامى قضائنا من قدرات
تؤهلهم لهذه المهمة الخطيرة
وللقيام بها عن جدارة .. وما
يدفعنا الآن لطرق مثل هذا
الموضوع الحساس الذى لم

يتجراً غيرنا بالتعرض له سواء من المشتغلين فى المحاماه أو فى القضاء ، هو السعى لتشخيص صحى سليم وواقعى للحالة التى وصلت اليها عملية تحقيق العدالة وتقريرها فى المجتمع سواء من بطاء شديد فى الفصل فى القضايا ، أو خروج أحكام بنسبه ليست قليلة تدل على أن هناك عور لابد من علاجه فى هذا الجهاز الجليل والعزیز على أنفسنا جميعاً ، وهو أمر لا يسلم منه أى جهاز فى مجتمع ، ولكن أمام جهاز القضاء يكون الأمر جد خطير ولا يمكن أن ندعه يساير ما وصلت اليه باقى أجهزة الدولة من تدهور فى أداء الخدمة للمواطن .

كذلك فان جمهور المتقاضين ومعهم بالطبع المحامون أصبحوا يضجون بالشكوى مما يعانى الكل من هذا التدهور فى الخدمة القضائية فى مصر . وأعرف أن أول من يعانى من ذلك الخل هم القضاة أنفسهم خاصة فى دوائر الاستئناف والنقض ، لما يصادفهم من أحكام صدرت عن دوائر الدرجة الأدنى ، لو توافر لقضائها العناصر المتكاملة

المتطلبة لتوهل القاضى لمباشرة مهمته ، لأغنت المتقاضين والمحامين ومحاكم الاستئناف والنقض من هذا العناء لإعادة الفصل فى حجم من القضايا يفوق طاقتهم كبشر .. لذلك فلا بد من تشخيص الاوضاع بأمانه وصراحة - ودون تحرج من شىء طالما قصدنا الصلاح وسعادة أمتنا ، لذلك فلا مناص من التعرض لجانبى المشكلة - ما يتعلق بالقاضى ، وما يتعلق بما يوفره له المجتمع من إمكانيات لممارسة مهمته وهو ما سوف يأتى تفصيله .

وأعود لاستكمال الكلام عن الأمر الاول ، وأقول أنه لابد من ملكات خاصة يتميز بها الجالس على كرسي العدالة ، أهمها ملكة القدرة على استيعاب الوقائع وتكييفها بما يتفق مع الواقع ونصوص القانون الواجب انزال أحكامه عليها ، وهذا ما يتطلب ضرورة الغوص فى الأوراق - وعدم تجاهل ما يطرحه المحامون فى دفاعهم سواء كان شفوياً أو كتابياً ، لانه يساعد القاضى كثيراً على استيضاح ما قد يكون خفى عليه بين السطور ، فلا

يتجاهل الجهد الذى يبذله المحامى وينأى عن معامله المؤلمه التى يصادفها بعض الزملاء - حتى الشيوخ منهم - والذين سبق لهم أن تمرسوا بالجلوس على ذات الكرسي الذى يقفون أمام الجالس عليه الآن ، فهذه معامله فى الواقع لا تساعد على تسهيل مهمة القاضى فى اقرار العدالة وتلمسها بمفرده وبجهد الشخصى ، لانه يحمل نفسه أكثر مما يحتمل طاقة الانسان العادى فى أمر تتوقف عليه مصائر البشر بين يديه وسيتحمل أمام الله نتيجة هذا الأمر ، وإلا ستكون عدالة عرجاء تركز على ركيزة واحدة فقط هى رأى القاضى وحده عند اهماله ما يقدمه الخصوم . وهذا الذى نقوله قد استشرى فى الدعاوى الجنائية وبالذات أمام المحاكم الجزئية للأسف الشديد خلال السنوات القليلة المنعبدمة .

كذلك فان ملكة الاستيعاب والتكيف ، تكملها حاسة العدالة - لأن العملية الأولى عملية مادية بالدرجة الأولى ، أما العملية الثانية فيدخل الوجدان - وجدان القاضى فى ممارستها ويوجه القاضى الى الحكم الذى سوف ينتهى

اليه فى الدعوى ، سواء بالبراءة أو الادانة ، وإذا كان بالادانة هل سيكتفى بالحد الأدنى للعقوبة أم سيصعد بها وعلى ضوء خصوصية الوقائع والمتهم ، وليس مجرد أكلاشيه يطبعه سكرتير الجلسة على ورقة الحكم ليضع القاضى عقوبة موحده لكل الحالات المتشابهه المعروضه عليه دون استخدام حاسة العدالة لتمييز خصوصية كل حاله على حده . ودون استخدام القاضى لميزان العدالة - الذى أقصد به حاسة العدالة - لكى يزن فى كفتيه الأدلة والحجج التى تطرح أمامه ، فيزنها بهذا الميزان الحساس الذى لا يميل الى ذلك الجانب أو ذاك ، بسبب ما يعانیه من ضغوط نفسه أو اجتماعية وضخامة حجم العمل المنوط به انجازه ، وعدم توافر امكانيات مادية مربحه حتى داخل دار العدالة ذاتها أو لأى أسباب أخرى . ذلك أن أى من هذه الظروف لا ينبغى أن تؤثر على حساسية ميزان العدالة الذى يمسك به القاضى ، اذا ما توافرت له مؤهلات الجلوس على كرسي القضاء ليحكم بين الخصوم .

ولذلك فحينما نصادف أحكاما تصدر بالبراءة لمتهم تمت محاكمته غيابيا ، فإن هذا القاضى الذى أصدر هذا الحكم يستحق من المجتمع أن يقف وقفة تبجيل واعجاب وتقدير لهذا الرجل الذى يفصل فى الدعوى ، ولم يراه المتهم ولا يراه هو ، ولكنه يعلم ان الله تعالى يراه ويراقبه فيما سوف يخطه بقلمه من حكم يتعلق به مصير صاحبه .. واعجابنا وتقديرنا لمثل هذا القاضى ليس لكونه أصدر حكما بالبراءة ، ولكن لكونه بالقطع بذل من الجهد والوقت ما كفل له استيعاب ما حوته الاوراق ، والتوصل الى التصور الذى أصدر حكمه استنادا اليه ، برغم عدم وجود مدافع عن المتهم يشرح دفاعه .. فأصبح هذا القاضى هو محامى المتهم وقاضيه فى ذات الوقت . بينما وبالمقارنه نجد دوائر ، يستحيل أن يصدر عنها حكما واحدا بالبراءة فى غيبة المتهم ، فى الوقت الذى تعود فتعدل عن حكمها عند نظر المعارضه فى الحكم الغيابي ، وربما لم يقدم الدفاع عن المتهم جديدا عن ما هو معروض فى الاوراق .. فلماذا يختلف هذا القاضى عن ذاك فى

حكمه ؟ ؟ أليست هى درجة حاسه العدالة ومدى تفاوتها لدى كل منهما ؟ .

كذلك هناك القاضى الذى يصمم على تأييد الحكم الذى أصدره فى مرحلة المحاكمة الغيابيه وكأنه لم يسمع شىء مما قاله المدافع عن المتهم أو عرضه من دفع أو مستندات وإذا بالمحكمة الاستئنافية تلغى الحكم وتبرأ المتهم .. فبمنا ، نفس صدور الحكم على هذا الوجه من ذلك القاضى ، مختلفا عن زميله فى المحكمة الاستئنافية ؟ .. وفى الحقيقة ، أن هذه النماذج ، وهذا الذى سبق أن عرضنا له بشأن ما ينبغى أن يتوافر للقاضى من قدرات وملكات شخصية وذاتيه لممارسة وظيفة القضاء الخطيرة هذه ، لم نقصد أن نحمل القاضى ذاته مسئوليتها وحده ، لأنها قدرات ذاتية خلقها الله فى الانسان ، تتفاوت من شخص الى آخر ،

ولكنها مسئولية القائمين على اختيار القضاء لهذا العمل بالدرجة الاولى ومسئولية أجهزة التفشيش القضائى أيضا . ثم فلا بد أن يعاد النظر فى المعايير التى تراعى عند اختيار المرشح لوظيفة

القاضي وكذلك في استمراره في ممارسة هذا العمل . وانتي اذ انادى بضرورة عودة ممارسة التفتيش القضائي لمهمته بالنسبة لدوائر الاستئناف وهذه رغبة جمهور كبير من المحامين والقضاء أيضا .

كما أن الأمر لم يعد تقصير من قبل بعض الزملاء القضاء ، في المداومة على البحث والإطلاع في كتب الفقه ومدونات الاحكام ، ذلك أن كل من وزارة العدل ونادى القضاة لم يدخرا وسعا في سبيل توفير ذلك ، ولكن الأمر - وكما ذكرت - يتعلق بتكوين واستعداد شخصي للتحصيل والبحث للتمكن من العملية القضائية ، فاذا لم يتوافر ذلك للقاضي ، لن تفيد قراءاته في هذا الأمر شيئا .

ثانيا : الامكانيات المادية والظروف المحيطة :

القاضي في رأينا ، هو صاحب أسمى وأرفع وظيفة في المجتمع ، ولا بد أن ينال حقه في التقدير والتوفير ، بحيث لا يقتصر ذلك فقط داخل الجلسات التي يمارس عمله خلالها من قبل جمهور المحامين والمتقاضين

وغيرهم . وانما ينبغي أن يشعر بذلك من كافة أجهزة الدولة الرسمية ، عمليا وليس نظريا .

فلا بد أن توفر الدولة للقاضي كافة وسائل المعيشة الكريمة ، التي تليق بمكانته وحساسية وظيفته ، ولتقيه السؤال والحاجة حفاظا على كرامة القضاء ورجاله ، ولتقيه أيضا من الزل في طريق أصبح في ظروف المجتمع المصري الراهنة - مملوء بأناس قادرين على ممارسة الاغواء والترغيب والترهيب - مستغلين هذه الظروف الصعبة التي يمكن أن تكون مصدرهم وكدر لأي ذي وظيفه عامة لينفذوا الي ضميره وعقله ، ولنعوذ بالله من شرهم ، وهل يستطيع مكابر أن ينكر هذه الحقيقة ،

وكلنا بشر ، وفيما من يضعف تحت ضغط الحاجة وتأثير هؤلاء ؟ .. وفي هذه الحالة سنجد أنفسنا أمام فساد حقيقي قد تسرب الى الجهاز القضائي وأصبح من وقع فريسة هذا الخطر يشين الغالبية الساحقة من الأجلة الذين نسمع كثيرا عن سقوط بعضهم فجأة من أمراض القلب نتيجة ما يبذله

من جهد ومشقه وعناء بعيدا عن الاضرار في سبيل تحقيق العدالة ، ولم يشعر به أحد ، وأعلم أن الكثيرين من قضائنا الأجلة أصبحوا يضعون أيديهم على قلوبهم خشية يوما ينزل على جهاز القضاء فيه ذلك الحكم الذي نزل على معظم الأجهزة الرسمية في البلاد - وهو الفساد - وكما أشار اليه صراحة رئيس الدولة نفسه في خطابه في عيد العمال مع الأسف ، وأليس محاولة شراء الذمم عن طريق التلويح بالمناصب والوظائف ذات المزايا البراقة ، في أجهزة أخرى خارج القضاء ، سواء عن طريق النذب أو النقل ، هو أحد أساليب الضغط الواقع الآن على قضائنا والذي يمثل ضرباً من ضروب الفساد ؟ ؟ .. وذلك اذا كان يمارس على القضاء كنوع من المساومه بمناسبة قضايا معروضه عليهم ، أحيانا قد تكون قضايا تتعلق بمصالح شخصية لصاحب النفوذ الذي يمارس ضغوطه ، مستغلا موقعه الوظيفي ؟ ؟ وأحيانا أخرى ، يمارس من قبل الدولة ذاتها حينما تكون ممثله بأحد أجهزتها أو مسئوليتها - كطرفا في الخصومة .

ثم ماذا نقول عن عدم احترام الدولة لأحكام القضاء ، والتغاضى عن التلاعب فى الانتخابات تحت بصر القضاء ، دون أن يملكون من الأمر شيئا .. أليس فى هذا نوع من الضغط الواقع على القضاة ؟ .. وان شاء لنا أن نوجز أهم المصاعب التى يواجهها القاضى المصرى - وبقينا يتعذر حصرها جميعا لكثرتها .. فنعرض لما يلى :

فهناك مثلا حجم العمل الملقى على عاتق دوائر القضاء انجازه . فلا شك أن مباشرة القاضى - الانسان - لعملية النظر فى أكثر من ثلاثمائة قضية فى جلسة واحدة ، وكما يحدث فى الجناح والمخالفات وفى عواصم المحافظات - وليس المراكز التى يتضاعف أمامها هذا الرقم - وأن تطلب من القاضى الفرد فى هذه الدوائر سماع المرافعات وفحص الاوراق فى الجلسة العلنية ، ثم ينتقل الى المرحلة الثانية ، داخل غرفة المشورة حيث يقوم باعادة دراسة معظم هذه القضايا مرة ثانية ليضع قراره ، وربما يتطلب الأمر افساح بعض الوقت لسماع

الشهود أيضا .. فهذا جهد فى الواقع ينوء عن تحمله الإنسان العادى بطاقته المتواضعة فما بالنا بانسان يتقرر مصائر البشر بين يديه خلال تلك الساعات الطويلة من الجهد الذهنى المستمر .. ولا أتصور أن هناك موظف عام فى أى مركز وظيفى فى مصر يقضى من الوقت ويبدل من الجهد ما يقدمه القاضى المصرى على هذا النحو على الإطلاق .. ذلك كله يضاف اليه جهد آخر يعادله له على القاضى أن يبذله فى منزله ،

وذلك عند قيامه بكتابة الأحكام وتسجيلها خلال المدة القانونية المقررة لذلك ، وما يتطلبه ذلك من بحث ودراسة وإطلاع على المراجع .. لذلك فإذا صادفنا ذلك الشطط أو الخطأ فى الأحكام الصادرة من مثل هذه الدوائر ، فإن ذلك لابد أن يكون نتاج متوقع لهذه الظروف الشاذة التى يمارس القاضى فيها عمله وإن كان ذلك ليس مبرزاً فى الحالات التى يكون فيها موقف الخصوم من الوضوح بدرجة تغنى القاضى عن الدراسة والبحث التى تحتاج للوقت الطويل .

ولا شك أن هذا الحجم الكبير من القضايا التى تحال الى القاضى المصرى لم تعد تسمح بتوفير الوقت الكافى للاستماع الى مرافعات تزيد عن دقيقتين أو ثلاثة لاتكمن المحامين من أن يعرضوا كافة الجوانب اللازمة لتوضيح موقف موكلهم ، وهو ما يعصف بحقوق الناس ..

بل ان الخطير فعلا ، اننا أصبحنا كمحامين نستجدى قبول طلب سماع شهود فى قضايا يتوقف مصير المتهم على ذلك ، ولكن ضخامة القضايا تحول كثيرا دون تحقيق ذلك ، ونسمع العبارة المألوفة (سنرى آخر الجلسة) وإذا بنا نفاجأ بصدور حكم بالادانة استنادا الى ما هو وارد بالاوراق فى ظل زمن انحدرت فيه المثل والاخلاق وأحل بعض الناس لأنفسهم تليفق وقائع لخصومهم لا تحضها سوى شهادة العدول ، فكيف يحررنا قضائنا من تحقيق دليل براءتنا ، وهل نعذرهم بسبب ضيق الوقت ؟ .. لا أدري ماذا أجيب على هذا السؤال ، ومن يتحمل الوزر ؟ .. بل أن عامل ضخامة العمل الملقى

على القضاة الآن ، أصبح مبررا على ما يبدوا حتى لعدم قراءة ما يقدمه الخصوم من مذكرات تغنى عن ضيق الوقت لسماع المرافعات الشفوية فى الجلسة والتي هى الأداة الفعالة فى رأينا بالنسبة للدعاوى الجنائية ، وان كنت فى الحقيقة عائب على بعض زملائنا القضاة - وهم قلة بالطبع - عندما يصدررون أحكامهم فى ذات الجلسة التى تقدم فيها المذكرات ، والتى تكون فى حاجة الى وقت كافى لاستيعاب أوجه الدفاع التى تحويها ، حيث بوسعهم تأجيل النطق بالحكم لجلسة أخرى ليتسنى توفير الوقت اللازم لدراسة القضية ، ولا ينبغى أن تتغلب الحاجة الى الانتهاء من الفصل فى العدد المطلوب من القضايا - على الحاجة الى تحقيق العدالة .

★ هذا عن حجم العمل وضيق الوقت .

هناك أيضا الامكانيات المتدنية ، فى دور العدالة ، من تأثيث أدوات مكتبية ووسائل تكييف داخل القاعات المزدحمة بالمقاضين ، على الرغم مما تحصله الخزينة

العامة من أموال من المتقاضين .

كذلك هناك المشكلة المزممة فى مصر ، والمتمثلة فى كثرة التشريعات التى تتضمن عقوبات جنائية - بينما هى تعالج تنظيم مرفق أو خدمة أو أمر آخر من أمور المجتمع يتعلق بنشاط بعيد عن مجال الجريمة . والحقيقة اننى أرى أن هناك ادمان لدى المشرع المصرى على وضع عقوبة جنائية وخاصة عقوبة الحبس - فى الغالبية الساحقة من التشريعات ، وهو ما أشرنا اليه فى موضوع سابق على صفحات هذه المجلة تحت عنوان (العقوبة السالبة للحرية فى التشريعات الخاصة) والتى أصبحت الوقائع التى تحكمها من اختصاص القاضى الجنائى فزادت من حجم القضايا المطروحة أمام الدوائر الجنائية ، ناهيك عن الاسهال التشريعى ذاته - أى فى الزيادة الكبيرة فى عدد التشريعات التى صدرت من هذا القبيل ، وهى تعالج أمور تتعلق بالزراعة والصناعة والتجارة والسياحة والمواصلات ، والرفى وكل مناحى المجتمع ، فهناك حاجة ماسة اذا لاعادة النظر فى هذه

التشريعات من حيث ملاءمة وجود عقوبة جنائية لضمان مراعاة التزام المواطن بأحكامها من عدمه ورفع ذلك السيف الذى أصبح مسلطا على رقاب المواطنين فى كل تصرفاتهم ..

وعلى سبيل المثال فإن قوانين الاسكان المتعاقبة ، تتطلب الغاء كافة العقوبات الجنائية الواردة فيها برمتها . ونستطيع أن نتصور ، وعلى ضوء ظروف مشاكل الاسكان فى مصر ، كم عدد المشاكل التى تحكم وقائعها مواد هذا القانون اللعين والتى تضع ذوى الشأن فى مصاف المجرمين . واستطيع أن أقول أن أكثر من نصف القضايا الجنائية المطروحة فى ساحة القضاة الآن هى عن وقائع تحكمها تلك التشريعات الغريبة ، وبعيدا عن قانون العقوبات المصرى الأم ، عدا ما أدخل عليه من اضافات تتعلق بهذا النوع من التشريعات كذلك فقد أفرزت التغيرات الاجتماعية الزاهنة فى المجتمع المصرى ، زيادة رهيبية فى حدوث وقائع من نوع معين ، تحكمها نصوص قانون العقوبات ، وهذه الوقائع تشكل فى الحقيقة نسبة عالية

بدورها كموضوع للقضايا الجنائية المطروحة أمام القاضى الجنائى ، نخص منها على سبيل المثال (جرائم الضرب ، وجرائم الشيك) . فكم تشكل نسبة هذه القضايا من مجموع القضايا التى ينظرها القاضى الجنائى يوميا ؟ أعتقد أن وزارة العدل تستطيع أن تقف على النسبة المذهلة لهذا النوع من القضايا .

فوقائع المشاجرات التى نحال الى المحاكم أصبحت معظمها تنسم بالكيدية والتلفيق للأسف الشديد ، وقد مل قضائنا من مثل هذه القضايا السقيمة والتى أحيانا يتعدد أطرافها ، وقد يكونوا فى حالات ليست بقليلة أفراد عائلة واحدة ، وأصبح من اليسير على أى شخص أن يحصل على شهادة باصابات وهمية أو مفتعلة ، بنفسه من أى مستشفى حكومى لتكون دليلا يسوق به شخصا بريئا الى

المحاكمة ، وتتساهل أقسام الشرطة كثيرا فى تحقيق مثل هذه البلاغات . كما أن النيابة العامة لم تعد تجرى تحقيقا بنفسها فى هذه النوعية من الوقائع ونكتفى بما يثبتته

الشاكى من تقرير طبي وشهادة من عساه الاستشهاد بهم وفى غيبة المتهم أحيانا ؛ وتقيد الواقعة جنحة ، لتلقى بالمهمة الصعبة على عاتق القاضى الجنائى ، لذلك فإن الامر يتطلب تدخلا تشريعا ، لجعل الفصل فى وقائع الضرب البسيط ، يتم بواسطة الأمر الجنائى الذى ينبغى التوسع فى استخدامه بالنسبة لوقائع أخرى عديدة تحتاج الى إعادة تصنيفها تشريعا لتدخل فى نطاقه .

فالنيابة العامة تستطيع بما لديها من متسع من الوقت والعدد الكافى من وكلاء النائب العام ، أن تستمع بنفسها الى أقوال أطراف هذه النوعية من الوقائع ، وتستطيع أن تستبين بنحاسة القاضى أيضا وجود الكيدية والتلفيق من عدمها وتجرى المناظرة على من يدعى أصابته ، ولا تقبل تقارير طبية يعدها الشاكى مسبقا وقبل أن يبلغ عن الواقعة ، إلا الحالات التى تكون الإصابات فيها بالغة ، وهذه تخرج بالطبع عن جرائم الضرب البسيط وبالتالي عن سلطتها فى إصدار الامر الجنائى .

أما والحالة الراهنة الآن ، فإن كثرة هذه القضايا دفع الكثير من القضاة ، الى المبادره بسؤال المتهم عن وجود صلح من عدمه ، حتى لا يجهدوا أنفسهم فى عناء دوامة البحث عن الحقيقة فى هذه الوقائع التى يتعذر بالفعل معرفة الكاذب من المظلوم فيها .

أما عن جرائم الشيك ، التى أصبح هناك ازدياد كبير فى حجمها الآن ، كنتيجة كما تكررت للمتغيرات الاجتماعية والاقتصادية التى عصفت بالمجتمع المصرى خلال سنوات ما بعد الانفتاح الاقتصادى ، فإذا كان المشرع المصرى قد ابتغى حماية حامل الشيك ، ومنح الشيك تلك الحماية القانونية كورقة تقرر أن تكون لها ذات القوة والثقة التى للنقود ذاتها فلا نستطيع أن نتجاهل حقيقة أن هذا الامر منقول عن أنظمة قانونية أجنبية ، المال لدى مجتمعاتها له قدسية تعلوا أحيانا فوق قدسية احترام إنسانية البشر ، ومراعاة ما تعتر بهم من ظروف قد تلم بهم فتجعلهم فى حالة اعسار مثلا .. ولذلك فإن الحماية القانونية للشيك ، قد أن الأوان

لإعادة النظر في تحديد طبيعتها ولا أقول لرفعها فإذا كانت جريمة الشيك المضافة إلى قانون العقوبات المصري بالمادة ٣٣٧ - أريد لها أن تأخذ حكم جرائم النصب والاحتيال ، فإن جرائم النصب والاحتيال كشأن باقى الجرائم ، تتطلب ضرورة قيام القصد الجنائي كما نعلم ، بينما أصبح القصد مفترضا فى جرائم الشيك بمجرد إصداره ، برغم خصوصية الظروف والاسباب التى يصدر فيها الشيك ، واختلافها البين تماما عن وقائع النصب والاحتيال فكيف نسوى بين الفعلين .

وانبنى مندهش حقيقة كيف سمح المشرع المصرى لنفسه أن يصنف هذا العمل وصاحبه كصنف من صنوف الجريمة والمجرمين ، ونحن نعرف نوعية من يتعاملون فى الشيكات - على الأقل خلال الحقبة الزمنية التى صدر فيها هذا التشريع .. أضيف الى ذلك أن عقوبة الحبس التى تقررت لهذه الجريمة - هى عقوبة لا تتفق مع أحكام الشريعة الإسلامية التى ننادى جميعا بأن تكون قوانيننا مستمدة منها . لأن الشريعة السمحاء

لا تقر بتعزير المفسر أو المعسر الذى توقف عن السداد - وبهذه العقوبة المغلظة ، بل انها تحت على منح المعسر أجلا للميسرة ، أن لم تكن فى مجمل أحكامها أيضا تحت المجتمع المسلم على المساهمة فى قضاء دين المعسر ، والشيك يمثل دين ، أما أن تنزل عليه العقوبة القاسية حتى ولو تم السداد فى اليوم التالى لتاريخ الشيك ، فذلك مالا . أعتقد أن أحكام الشريعة الإسلامية تقره على الإطلاق . حتى ولو كان الحكم صادرا بايقاف التنفيذ . فذلك يضر قطاعا بالمركز التجارى للمحكوم عليه . ولا أريد أن أنوه الى أن طلب الدفاع الايقاف الشامل غالبا ما يذهب مع الريح .

ونظرا لانتشار نوع من الشيكات هو الشيكات المكتبية التى لا يملك مصدرها فى الاغلب حساب فى أى بنك ، وأصبحت هذه الاخيرة تمثل النسبة الغالبة من نسبة جرائم الشيك بصفة عامة ، لاسباب الاقتصادية السالف الإشارة إليها ، ولدرجة أن الأميين أصبحوا يصدرون شيكات من هذا النوع تحمل بالكاد

توقعاتهم عليها لذلك فاننى أنادى بضرورة التدخل تشريعى وإعادة النظر فى مسألة اعتبار جرائم الشيك الحالية ، من الوقائع التى تأخذ حكم الجريمة أصلا ، أو على الأقل فى المرحلة الحالية وحتى يعود الاستقرار الاقتصادى للبلاد ، وإدراج وقائع الشيك ضمن أحكام مواد قانون العقوبات الخاصة بالنصب والاحتيال فتخضع فى ثبوت واقعة النصب المرتبطة بها لذات أحكام هذه الجرائم ولا تكون مفترضة كما هو شأن جرائم الشيك الحالية ..

وفى هذه الحالة سيكون هناك علم عام لدى المواطن بأنه اذا حصل على شيك - وبالأذات من الشيكات المكتبية - فيكون على علم بأنه لم يعد يتحصن بالحماية القانونية الحالية ، وذلك أن التعامل بقبول الناس للشيك الآن ، ليس لانه مضمون صرفه من البنك ، انما لان المستفيد من الشيك يعلم أنه سوف يستخدمه كورقة ضغط على مصدر الشيك قد تودى الى حبسه ، فأصبحنا نتعامل من منطق التهريب والتهديد وليس من

منطق الثقة فى التعامل
للاسف . لذلك فيكون أمام
حامل الشيك الاختيار اما ان
يقبله أو يرفضه قبل أن يبدأ فى
انجاز اتفاهه مع الآخرين .

وبذلك سيكون هناك نوع من
الانضباط لذلك التسبب
الحادث فى المجتمع والذي
يشجع أيضا الكثيرين من
الجشعين على ابتلاع أموال
الآخرين ، تحت غطاء اصدار

شيكات لضمان حقوقهم .

وبذلك أيضا نخفف ذلك
العبء على عاتق القاضى
الجنائى من حجم قضايا الشيك
التي أصبح من الممكن اطالة
تداولها أمام المحاكم لاكثر من
عامين كاملين بدرجةيتها وقد
يتأيد الحكم ويتعذر تنفيذه
لاختفاء المتهم بعد هذه المدة
الطويلة فهل أصبحت هذه
العقوبة تجدى نفعا ؟ .

وبعد فكان ذلك بايجاز -
أهم العقبات والمتاعب التي
يعانيها القاضى المصرى خلال
عمله اليومى ، والتي كما قلت
تحتاج الى تدخل تشريعى
لاصلاح هذا المرفق
الخطير .. بالاضافة الى ما
يتعلق بالجانب الشخصى
للقاضى . فهل آن الأوان
لاصلاح نظامنا القضائى ؟

والله نسأله الصلاح والرشاد

الديمقراطية والايمان ...

إذا كانت الديمقراطية من الايمان ، فالايمان مظهره
التضحية والحرمان ، وأول مراتب التضحية هى تضحية
الشهوة ، شهوة المال وشهوة السلطان ... ولا أعنى بشهوة
السلطان مجرد الحكم بل التحكم ... تحكم الاقوياء فى
الضعفاء ... وتحكم الأغنياء فى الفقراء .

المرحوم مكرم عبيد المحامى

حرية المواطن المصري بين الواقع والقانون

للسيد الأستاذ / شكرى محمد سيد دسوقي
المحامى

"مبحث الأول

نبذة عن

حقوق وحرريات الانسان فى
المواثيق الدولية

جاء الإعلان العالمى
لحقوق الانسان الذى أقرته
الجمعية العامة للأمم المتحدة
فى ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ وأعلن
فى مادته الأولى « يولد جميع
الناس أحراراً متساويين فى
الكرامة والحقوق إن
الاعتراف بالكرامة المتأصلة
فى جميع أعضاء الأسرة
الدولية وبحقوقهم الثابتة هو
أساس الحرية والعدل والسلام
فى العالم »

وجاء فى مقدمة كل من
العهد الدولى الخاص بالحقوق
المدنية والسياسية والعهد
الدولى الخاص بالحقوق
الاقتصادية والاجتماعية
والثقافية الصادرين عن ذات
الهيئة .. أن الدول الأطراف
فى هذا العهد إذ ترى أن

الإعتراف لأفراد الأسرة
البشرية جميعاً بالكرامة
الإنسانية الأصيلة وبالحقوق
المتساوية هو وفقاً للمبادئ
المعلنة فى ميثاق الأمم المتحدة
أساس الحرية والعدل والسلام
فى العالم .

وإذ تعترف بأن هذه
الحقوق متبثقة من كرامة
الشخص الإنسانى
الأصيلة وفى ذلك
أطلق الله سبحانه وتعالى
الكرامة لكل آدمى بجليل
خطابه :

« ولقد كرما بنى آدم ،
فالكرامة عصب كيان الإنسان
لأنها تجعله لا يهون على نفسه
ولا يهون على الناس ومن ثم
كانت مدخله إلى حقوقه
ورسيلته إلى الحفاظ على هذه
الحقوق ، وبالتالي فبدونها تفقد
الحياة الإنسانية صحيح
وجودها وتفقد الحقوق عقالها ،
وجاء أيضاً فى إعلان حقوق
المواطن فى الدول العربية
« انطلاقاً من إيمان الأمة

العربية بالإنسان منذ أن أعزها
الله بأن جعل الوطن العربى
مهد الديانات ومواطن
النحضرات التى كرمت
وأكدت حقه فى حياة عزيزة
على أسس من حقوق الإنسان
فى الحرية والكرامة
والإخاء ... » وفى التاريخ
البعيد نرى الثورات التى
انطلقت من أجل نداء الحرية
والحق والكرامة ، ونرى
نظريات الفلاسفة التى وضعت
العديد من شتى المبادئ
والأبحاث ، فكانت الثورة
الأمريكية عام ١٧٧٥ وكان
إعلان حقوق الإنسان فى
مؤتمر فلادلفيا فى العام التالى
وكان مضمونه « أن حقوق
الإنسان فى الحياة والحرية
لا تستباح ، وأن الحكومات
ما أقيمت إلا لصيانة هذه
الحقوق » .

وفى المذهب الليبرالى
وتمثله وثيقة حقوق الإنسان
المعلنة بفرنسا فى ٢ أكتوبر
١٧٨٩ جاء فى مادتها الثانية

« إن غرض كل جماعة سياسية هو المحافظة على حقوق الإنسان الطبيعية التي لا تسقط بالتقادم » ، وفي المذاهب الاشتراكية نرى أن المبدأ فيها هو « أن تذوب مصالح الفرد في مصلحة الجماعة لتحقيق الأهداف التي تعنتقها ليقضى التدخل لضمان حق الفرد وضمان حريته » .

وفي الإعلان العالمي الصادر في ١٠ ديسمبر ١٩٤٨ تقرر المادة الثانية منه أن « لكل إنسان حق التمتع بكافة الحقوق والحريات الواردة في هذا الإعلان دون أي تمييز بسبب العنصر أو اللون أو الجنس أو اللغة أو الدين أو الرأي السياسي أو أي رأي أو الأصل الوطني أو الاجتماعي أو الثروة أو الميلاد ... » .

وتقرر المادة الثالثة « لكل فرد الحق في الحياة والحرية وسلامة شخصه » ، وتقرر المادة التاسعة « لا يجوز القبض على أي إنسان أو حجزه أو نفيه تعسفاً » .

وأكدت المادة ١٢ منه على أنه « لا يعرض أحد لتدخل تعسفي في حياته الخاصة أو أسرته أو مسكنه أو مراسلاته

أو لحملات على شرفه وسمعته ، ولكل شخص الحق في حماية القانون من مثل هذا التدخل أو تلك الحملات » .

وأكدت المادة ١٥ منه على أن « لا يعرض أي إنسان للتعذيب أو للعقوبات أو المعاملات القاسية أو الوحشية أو الحاطة بالكرامة » ، « لكل شخص الحق في حرية التفكير والضمير والدين ... » ، « لكل شخص الحق في حرية الرأي والتعبير » .

والمادة الحادية عشرة « كل شخص متهم بجريمة يعتبر بريئاً إلى أن تثبت إدانته قانوناً بمحاكمة علنية تؤمن له فيها الضمانات الضرورية للدفاع عنه ، ولا توقع عليه عقوبة أشد من تلك التي كان يجوز توقيعها وقت ارتكاب الجريمة » .

هذا وقد تحرزت المادة الثلاثون من عبث التأويل أو التصحيف فنصت على أنه « ليس في هذا الإعلان نص يجوز تأويله على أنه يخول لدولة أو جماعة أو فرد أي حق في القيام بنشاط أو تأدية عمل يهدف إلى هدم الحقوق والحريات الواردة فيه » .

تلك هي إشارة عامة لحقوق وحریات الإنسان بوجه عام أوضحنا فيها ملخص لأهم بنود العهود والمواثيق الدولية التي تناولت هذه الموضوعات سواء البعيدة منها أو القريبة ولزاماً علينا الآن أن نتكلم عن موقف الدستور المصري الدائم الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ من حقوق وحریات المواطن المصري .

المبحث الثاني

حرية المواطن المصري ودستور ١٩٧١

بادئ ذي بدء نوضح أن مصر تعتبر طرفاً هاماً ضمن أطراف العهود والمواثيق الدولية السابق ذكرها والتي تناولت حقوق وحریات الإنسان ، بمعنى أن تلك المواثيق والعهود إنما لها في الأراضي المصرية نفس قوة إلزام القانون المصري المحلي بحسبان أن مصر موقعة على تلك العهود .

وقد أورد الدستور المصري الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ حقوق المواطنين وحریاتهم وواجباتهم في الباب الثالث تحت عنوان « الحريات

والحقوق والواجبات العامة ، علاوة على بعض الحقوق التي وردت متناثرة في بعض نصوصه وأحكامه الأخرى ، على أن أهم ما تميز به الدستور المصري الحالي عما سبقه من دساتير أخرى هو أنه من ناحية نجده لم يقف عند سرد الحقوق العامة للمواطنين وحررياتهم ، وإنما اتبع ذلك بتقرير جزاء في حالة الاعتداء على أي منها وذلك بالنص في المادة ٥٧ منه على أن « كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرية الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحرريات العامة التي يكفلها الدستور والقانون جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء » ومن ناحية أخرى ، فإن الدساتير السابقة قد تناولت هذه الحقوق في بعض نصوصها ، لكن يؤخذ عليها أنها لم تتعرض للحقوق الإيجابية ، فهي اقتصررت على الحقوق السلبية التي تمثلت أساساً في حق المساواة والحرية الشخصية وحرية الرأي وحرية الملكية والمنازل وحرية العقيدة ، فتلك الحقوق

قد استحدثت كيائها من منطلق « المذهب الفردي الحر » أو « الليبرالي » ، في بيان وظيفة الدولة التي تبلورت في فكرة الدولة الحارسة في ذلك الوقت ، أما الدستور المصري الحالي ١٩٧١ فقد جاء متناولاً الحقوق والحرريات الإيجابية ، علاوة أيضاً على تلك السلبية ، وذلك مستمداً - بالتأكيد - من منطلق « المذهب الاشتراكي » أو « التدخل » الذي أخذت به الدولة الحديثة ، ولذلك نراه يوضح في مادته الأولى « أن جمهورية مصر العربية دولة نظامها اشتراكي ديموقراطي يقوم على تحالف قوى الشعب العاملة » .

كذلك جاء بالميثاق الوطني « إن جوهر الأديان يؤكد حق الإنسان في الحياة وفي الحرية ، والحرية وحدها هي القدرة على تحريك الإنسان إلى ملاحقة التقدم وعلى دفعه ، ولابد أن يستقر في إدراكنا أن القانون في المجتمع الحر خادم للحرية وليس سيفا مسلطاً عليها » .

وقد أكد الدستور الحالي الصادر في ١١ سبتمبر ١٩٧١ في وثيقة إعلانه أن إنسانية الإنسان وعزته هي

الشعاع الذي هدى ووجه السير الهائل الذي قطعته البشرية نحو مثلها العليا .. إن كرامة الفرد انعكاس طبيعي لكرامه الوطن ، ذلك أن الفرد هو حجر الأساس في بناء الوطن ، وبقيمة الفرد وبعمله وبكرامته تكون مكانة الوطن وقوته وهيبته .. إن سيادة القانون ليست ضماناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب ، لكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة في نفس الوقت ، وقد أوضح الدستور المواد الآتية :

(مادة ٤٠) عن المساواة لدى القانون :

« المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون في الحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم في ذلك بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة » .

(مادة ٤١) عن الحرية الشخصية :

« الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق

وصيانة أمن المجتمع ،
ويصدر هذا الأمر من القاضي
المختص أو النيابة العامة
وذلك وفقاً لأحكام القانون ،
ويحدد القانون مدة الحبس
الإحتياطي .

(مادة ٤٢) عن كرامة
المواطن :

« كل مواطن يقبض عليه
أو يحبس أو تقيد حريته بأى
قيد تجب معاملته بما يحفظ
عليه كرامة الإنسان ولا يجوز
اذاؤه بدنياً أو معنوياً كما
لا يجوز حجزه أو حبسه فى
غير الأماكن الخاضعة للقوانين
الصادرة بتنظيم السجون .

وكل قول يثبت أنه صدر
من مواطن تحت وطأة شيء
مما تقدم أو التهديد بشيء منه
يهدر ولا يعول عليه .

(مادة ٤٣) عن غلاء قيمة
الإنسان :

« لا يجوز اجراء أى
تجربة طبية أو علمية على أى
إنسان بغير رضائه الحر .

(مادة ٤٤) عن حرمة
المساكن :

« للمساكن حرمة فلا يجوز
دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر

قضائى مسبب وفقاً لأحكام
القانون .

(مادة ٤٥) عن حرمة
الحياة الخاصة للمواطن :

« لحياة المواطنين الخاصة
حرمة يحميها القانون
وللمراسلات البريدية والبرقية
والمحادثات التليفونية وغيرها
من وسائل الإتصال حرمة
ومسريتها مكفولة ، ولا يجوز
مصادرتها أو الإطلاع عليها
أو رقابتها إلا بأمر قضائى
مسبب ولمدة محددة ووفقاً
لأحكام القانون .

وتناولت المادة (٤٦)

حرية العقيدة الدينية فقالت
« تكفل الدولة حرية العقيدة
وحرية ممارسة الشعائر
الدينية . أما المادة (٤٧)
فتناولت حرية الرأى فقالت
« حرية الرأى مكفولة ولكل
إنسان التعبير عن رأيه ونشره
بالقول أو الكتابة أو التصوير
أو غير ذلك من وسائل التعبير
فى حدود القانون ، والنقد
الذاتى البناء ضمان لسلامة
البناء الوطنى . وجاءت
المادة (٤٨) لتؤكد أن
« حرية الصحافة والطباعة
والنشر ووسائل الإعلام مكفولة
والرقابة على الصحف

محظورة وإنذارها أو وقفها أو
الغاؤها بالطريق الإدارى
محظور . وقالت المادة
(٤٩) « تكفل الدولة
للمواطنين حرية البحث العلمى
والإبداع الأدبى والفنى
والثقافى » والمادتى (٥٠ ،
٥١) نصاً على أنه « لا يجوز
أن تحظر على أى مواطن
الإقامة فى جهة معينة ولا أن
يلزم بالإقامة فى مكان معين
إلا فى الأحوال المبينة فى
القانون ، ولا يجوز إبعاد أى
مواطن عن البلاد أو منعه من
العودة إليها . » والمادة
(٥٢) أقرت « للمواطنين
حق الهجرة الدائمة أو
الموقوتة الى الخارج وينظم
القانون هذا الحق واجراءات
وشروط الهجرة . » والمادة
(٥٤) أقرت « للمواطنين
حق الاجتماع الخاص فى
هدوء غير حاملين سلاحاً
ودون حاجة إلى إخطار سابق
ولا يجوز لرجال الأمن
حضور اجتماعاتهم الخاصة ،
والاجتماعات العامة والمواكب
 والتجمعات مباحة فى حدود
القانون . » وأكدت المادة
(٥٥) أن « للمواطنين حق
تكوين الجمعيات ، ويحظر
انشاء جمعيات يكون نشاطها
معادياً لنظام المجتمع أو سرياً

أو ذا طابع عسكري .
والمادة (٥٦) تقول : إنشاء النقابات والاتحادات على أساس ديموقراطي حق يكفله القانون وتكون لها الشخصية الاعتبارية . ونصت المادة (٦٢) على : للمواطن حق الانتخاب والترشيح وإبداء الرأي في الاستفتاء وفقاً للقانون ومساهمته في الحياة العامة واجب وطني .
والمادة (٦٣) قالت : لكل فرد حق مخاطبة السلطات العامة كتابة وبتوقيعه .
والمادتين (٦٤ ، ٦٥) أكدتا أن « سيادة القانون أساس الحكم في الدولة ، وتخضع الدولة للقانون ، واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات » . والمادة (٦٦) قالت مؤكدة مبدأ المشروعية الجنائية أن « العقوبة شخصية ، ولا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون ، ولا توقع عقوبة إلا بحكم قضائي ، ولا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون » . والمادة (٦٧) تقرر أن المتهم بريء حتى تثبت ادانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، وكل متهم

في جناية يجب أن يكون له محام يدافع عنه . ونصت المادة (٦٨) على أن « التقاضي حق مصون ومكفول للناس كافة ولكل مواطن حق اللجوء إلى قاضيه الطبيعي » . وقالت المادة (٦٩) أن « حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول » . وجاءت المادة (٧١) لتقرر أن « يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض عليه أو اعتقاله فوراً ، ويكون له حق الإتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الاستعانة به على الوجه الذي ينظمه القانون ... » .

أما عن الحقوق والحريات الاجتماعية والاقتصادية :

ف نجد أن المادتين (٧ ، ٨) أكدت على أن « يقوم المجتمع على التضامن الاجتماعي وتكفل الدولة تكافؤ الفرص لجميع المواطنين » .

والمادة (١٣) قالت إن « العمل حق وواجب وشرف تكفله الدولة .. ولا يجوز فرض أي عمل جبراً على المواطنين إلا بمقتضى قانون ولأداء خدمة عامة وبمقابل عادل » . وأكدت المادة (١٤) أن « الوظائف العامة

حق للمواطنين وتكليف للقائمين بها لخدمة الشعب وتكفل الدولة حمايتهم » .

والمادة (١٦) قررت أن « تكفل الدولة الخدمات الثقافية والاجتماعية والصحية وتعمل بوجه خاص على توفيرها للقرية في يسر وانتظام رفعا لمستواها .. » .

والمادة (١٧) « تكفل الدولة خدمات التأمين الاجتماعي والصحي ومعاشات العجز عن العمل والبطالة والشيخوخة للمواطنين جميعاً » وذلك وفقاً للقانون .

المادة (١٨) أكدت أن « التعليم حق تكفله الدولة » .

وجاءت المادة (٢٠) لتقرر أن « التعليم في مؤسسات الدولة التعليمية مجاني في مراحله المختلفة » .

وجاءت المادة (٣٤) لتقرر أن « الملكية الخاصة مصونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة في القانون وبحكم قضائي ، ولا تنزع الملكية إلا لمنفعة العامة ومقابل تعويض

وفقاً للقانون وحق الإرث فيها مكفول .

وحرصت المادة (٣٥) على أنه « لا يجوز التأميم إلا لاعتبارات الصالح العام وبقانون ، ومقابل تعويض . والمصادرة العامة للأموال وفقاً لنص المادة (٣٦) محظورة ولا تجوز المصادرة الخاصة إلا بحكم قضائي .

المبحث الثالث

الحقوق والحريات في الواقع المصري

في الواقع أنه على الرغم من أن كافة الدساتير المصرية قد قررت شتى الحقوق والحريات للمواطن المصري ، إلا أن كثيراً ما غاب التطبيق العملي عن تلك النصوص التي تضمنت الحقوق والحريات ، بل وأيضاً كثيراً ما بعد هذا التطبيق عن مضمون وروح تلك الدساتير أو القوانين وكانت الحرية مبددة وغائبة لفترة طويلة من عمر المواطن المصري إذ فرض البعض أنفسهم دون سند من واقع أو قانون قوامين على أمر الحرية بمنحونها لمن شاءوا ويحجبونها عن من شاءوا ، وبلا معيار سوى

الهوى والمنفعة ، وكان لذلك ما كان من آثار أفضت إلى صور النفعية والنفاق لمن هانت عليه حرية وكرامته وإلى التشريد لمن جازف بها وأعلنها صراحة .

وأما عن التعذيب والعقوبات غير المقررة بالقانون : والخط من الكرامة الإنسانية فقد عانى منها المواطن المصري الشيء الكثير حتى بات فينا من يعرفها ممارسة وفينا من يعرفها اتصالاً ومن يعرفها سماعاً ومن جهلها أو تجاهلها حتى طالعه خبرها بعد انقشاع الغمة وبعد عودة القانون من إجازته التي طالت حقبة من عمر المواطن المصري . كذلك فلم تكن الحياة الخاصة بأسعد حالاً حتى كان الفرد يقضي يومه خائفاً من أن يطرق زائر الفجر أبوابه ، خائفاً من الاعتقالات والحراسات .

والحبس الاحتياطي : ذلك الأمر الذي يعد وبحق وصمة على جبين أي نظام قانوني يقره أو يأخذ به لأن مبررات الغاؤه أشد وأقوى من مبررات تواجده أو الأخذ به ، فهذا الحبس في بعض الأحيان

ما يكون مطلقاً (اعتقال) على عكس تسميته الشكلية ، ولأنه يعتبر وفاء مسبق (عند ثبوت التهمة) لبعض العقوبة قبل صدور حكم قضائي يقررها ، ولأنه لا عوض عنه عند كشف التحقيق عن انتفاء التهمة أو عند القضاء بالبراءة فإنه في عمومته مستنكراً في الاتجاهات الحديثة لدى الفقه الجنائي بحسبان أنه يعد شرخاً عظيماً وخرقاً لمبدأ المشروعية الجنائية .

والحرية الشخصية : وإن عقل قانون الحريات رقم ٣٧ / ١٩٧٢ أمرها في شأن تفتيش المنازل باشتراط تسبب الأمر به ، إلا أنه لم يضع ضوابط ذلك التسبب فأصبح الواقع في التطبيق العملي أنه نص شكلي بحث أكثر منه موضوعي ، وما يمس هذه الحرية أيضاً الترخيص - وإن كان بقيود - بإجراء تسجيلات لأحاديث تحصل في أماكن خاصة رغم ما في ذلك من عدوان على حق من حقوق الإنسان في حرية الشخصية ، ألا وهو حق الفرد في خلوته أو سريره التي يتنفسها حديثاً . كذلك ففي حالة الطوارئ أجاز قانون

الحريات رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢ لرئيس الجمهورية أن يضع قيوداً على حريات الأشخاص واعتقال المشتبه فيهم وتفتيش المنازل ... كل ذلك ودون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية ، وكذلك حق مراقبة الرسائل أيًا كان نوعها وكافة وسائل التعبير والإعلام قبل نشرها ، وتكليف أى شخص بتأدية أى عمل من الأعمال والإستيلاء على أى منقول أو عقار .

وإذا وصلنا لحرية التعبير عن الفكر أو الرأي : فسنجد أنها كانت دائماً أولى الحريات التى تتعرض للصدع والضرب عليها ، الأمر الذى يعد مقدمة حتمية للإطاحة بالحریات الأخرى ، ولقد توارد على عديد من الدول العربية - ومصر منها - حكام يضربون أول ما يضربون على حرية الرأي أو الفكر وكانت حجتهم - وهى ضعيفة - أن أصحاب تلك الحرية مستعمرون أو أصوات للمستعمرين فى الدولة ، ولذا فكان عقابهم الفصل من وظائفهم أو نقلهم بغير الطريق التأديبى تارة ، أو اعتقالهم والزج بهم فى التهم

الملفقة تارة أخرى ، ولذلك قالوا إن فى مصر توجد كلمة « الحرية » ولا توجد حرية الكلمة .

ولزاماً علينا ونحن بصدد هذا البحث أن نشير مجرد إشارة إلى فكرة « مبدأ الشرعية » وفكرة « أعمال السيادة أو الحكومة » : ومبدأ الشرعية يعنى خضوع الدولة للقانون فى كل صور نشاطها ومختلف التصرفات أو الأعمال التى تصدر عنها فكل السلطات العامة فى الدولة يجب أن تخضع لأحكام القانون عند مباشرتها للاختصاصات المخولة لها وفقاً لمبدأ الفصل بين السلطات .

وفى نطاق ذلك ، نجد أن هناك ثلاثة أفكار أو قيود ترد على مبدأ الشرعية ففكرة « السلطة التقديرية للإدارة » تعطى لمبدأ الشرعية مرونة وحركة من أجل المصلحة العامة ، وهناك فكرة « الظروف الاستثنائية » وهى تنتقل مبدأ الشرعية العادية إلى إطار مبدأ الشرعية الاستثنائية ، وفى الحالىين فانهما يخضعان للرقابة القضائية حسب الظروف ،

وأما الفقرة الثالثة « فهى فكرة أعمال السيادة أو الحكومة » فهى تشل حركة مبدأ الشرعية ولا تخضع للرقابة القضائية فلا يقترب منها القضاء لا بالتعويض ولا بالالغاء ولا حتى بوقف النفاذ ، وبذلك فهى تخرج خروجاً صارخاً على مبدأ الشرعية ، وفيها تهديد واعتداء أليم على حقوق الأفراد وحرياتهم .

والكل ينادى بأن مثل تلك الأعمال ينبغى - والحال كذلك - ألا تغيب عن رقابة القضاء ما دام أن الجميع قد أولى ذلك القضاء الثقة الكاملة والنزاهة المجردة .

وأما عن السجون السياسية (وهى الغير خاضعة للتفتيش القضائى) والتعذيب والإرهاب الذى يلقاه المسجون السياسى فيها ، فإنها أمور لا يوفىها ذلك البحث حق الحديث أو تناولها بصورة مفصلة ، وحسبنا أننا نذكر القارئ بها مجرد الذكرى ، ذلك أن المسجون السياسى - فى الواقع - يعتبر أسوأ حالاً من المسجون فى جرائم المخدرات أو القتل وذلك من جميع النواحي سواء المعاملة

التي تهدر كرامة الإنسان وأدميته ، أو حق زيارة أقاربه له ، أو رؤياهم أو الاتصال بهم ، أو حتى الإتصال بالعالم الخارجى عن السجن من خلال الصحف ووسائل الإعلام . وسجون التعذيب أو السجون السياسية فى مصر (السجن الحربى - ليمان طرة - سجن أبى زعبل ... الخ) . بعيدة جداً عن التفتيش القضائى فلا يحق لأى عضو نيابة عامة ولا حتى القاضى أن يطلب دخول أحد تلك السجون بقصد التفتيش عليها أو بقصد الإطمئنان على معاملة المعتقلين فيها ، بل وليس من حق المحامى - أى محامى - أن يطلب دخولها ولو بقصد مقابلة موكله المسجون ، والأمر القريب يوضح لنا مثل عظيم لهذه السجون والاعتقالات ، ألا وهو « جماعة الإخوان المسلمين » ولعل تاريخ تلك الجماعة بالذات يكتنفه الظلام والتجهيل والتزييف والتزوير أكثر من غيره ، ذلك لأن هذه الجماعة منذ حرب فلسطين سنة ١٩٤٨ وحتى وقتنا هذا « والسلطة » وكل التيارات الفكرية والسياسية المضادة تقف منها موقف الترصد ،

والتوجس وتبذل أقصى ما تستطيعه فى تشويه صورتهم فى نظر الناس ... فعل ذلك إبراهيم عبد الهادى سنة ١٩٤٨ وحتى سقوط حكومته فى أوائل الخمسينات ، وفعل ذلك بعده الرئيس الراحل جمال عبد الناصر طوال فترة حكمه ، ثم تولى ذلك أيضاً من بعده الرئيس الراحل أنور السادات ... ويقول الأستاذ / جابر رزق فى كتابه « مذابح الإخوان فى سجون ناصر » : « إن مذبحه السجن الحربى سنة ١٩٦٥ كانت تنفذ على أسس علمية دقيقة وقد درب منفذوها تدريباً طويلاً فطبقوا علينا أساليب الاستنطاق وانتزاع الاعترافات التى عرفها صلاح نصر فى كتابه « الحرب النفسية » تطبيقاً حرفياً وكانت النتيجة عشرات الضحايا مضوا إلى ربهم شهداء وآلأفا آخرين قضوا حياتهم فى عذاب فاق على وجه اليقين ما روته كتب التاريخ عن الاضطهاد الدينى أيام حكم الرومان وما سجله التاريخ عن فظائع محاكم التفتيش ومعسكرات النازى » .

وحتى يومنا هذا فإن الموت والتهديد بالموت وسيلة من وسائل التحقيق مع المسجون السياسى علاوة على أساليب التعذيب أثناء ذلك التحقيق .. فالعقوبة المبدئية هى (الحبس الإنفرادى) ثم العقوبات البدنية مثل القيام بعمل عنيف مجهد ،

والوقوف فى الوضع انتباء لفترات طويلة والتعرض للحرارة الشديدة أو البرد الشديد ، والوقوف على أطراف أصابع القدمين ، هذا بخلاف الضرب والتعرض للكلاب المفترسة ، والحبس الإنفرادى كان - ولا يزال - يتم فى غرفة ضيقة لا تمكن المسجون من الجلوس أو الرقاد ، وهى غرفة كانت قدرة دون السماح له حتى بإزالة الضرورة بالأمكن المعدة لذلك .. هذه كانت

- ولا تزال حتى الآن - معاملة المسجونين السياسيين فى المعتقلات والسجون السياسية فى مصر ، معاملة لا تعترف بكرامة الإنسان ولا بحقوقه ولا حرياته .. إنها - وبحق - وصمة على

جبين النظام القضائي في مصر .

بل وأيضًا بالنسبة لأقسام الشرطة ، فإنك تجد القائمين عليها يعاملون الجمهور أسوأ معاملة إذ تهدر كرامة المواطن وتعتدى على آدميته وحريته ، ولا زال حتى الآن ضابط الشرطة هو الصورة المرعبة للمواطن ، وهو مصدر قلقه وخوفه ، فرجال الشرطة وهم المفروض فيهم إنهم خدام للشعب بحسبان أن الشرطة في خدمة الشعب - وفقًا لنص المادة ١٨٤ من الدستور - وتؤدي واجبها بما يكفل للمواطن الأمن والطمأنينة ، إلا أن واقع الحال - ينطق بغير ذلك ، فالمواطن لا يأخذ منهم سوى الإهانة ، والغلظة والكبرياء ، وكأنهم قوم من جنس أرقى من بقية الأقوام في المجتمع أو كأن المواطن من حثالة ذلك المجتمع .

وأما عن محاكم أمن الدولة وعن حالة الطوارئ في البلاد ، فجاء بشأنها القانون رقم ١٦٢/١٩٥٨ وقد تعدل بالقانون رقم ١٩٨٢/٥٠ ، وحال - الطوارئ هذه هي حالة

تعرض الأمن أو النظام العام في البلاد أو في منطقة منها للخطر سواء أكان ذلك بسبب وقوع حرب أو قيام حالة تهدد بوقوعها أو حدوث اضطرابات في الداخل أو كوارث عامة أو انتشار وباء ، ووفقًا لحكم المادة (٣) من القانون المذكور : يجوز لرئيس الجمهورية متى أعلنت حالة الطوارئ أن يتخذ التدابير المناسبة للمحافظة على الأمن والنظام العام وله على وجه الخصوص : وضع قيود على حرية الأشخاص في الاجتماع والانتقال والإقامة والمرور في أماكن أو أوقات معينة والقبض على المشتبه فيهم أو الخطرين على الأمن العام واعتقالهم ، وله أيضًا الترخيص في تفتيش الأشخاص والأماكن دون التقيد بأحكام قانون الإجراءات الجنائية . كذلك له أن يأمر بمراقبة الرسائل كلها ومراقبة الصحف والنشرات والمطبوعات والمحررات وكافة وسائل التعبير والإعلان قبل نشرها وضبطها ومصادرتها وتعطيلها ، وأيضًا له أن يحدد مواعيد فتح المحال العامة واغلاقها ، وتكليف أى شخص بتأدية أى عمل من

الأعمال والاستيلاء على أى منقول أو عقار .. وله أن يأمر باخلاء بعض المناطق أو عزلها وتنظيم وسائل النقل وحصر المواصلات وتحديداتها بين المناطق المختلفة .. ووفقًا للمادة الرابعة من هذا القانون .. تتولى قوات الأمن أو القوات المسلحة تنفيذ الأوامر الصادرة من رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه .. ووفقًا لنص المادة السابعة فإن محاكم أمن الدولة الجزئية والعليا تفصل في الجرائم التي تقع بالمخالفة لأحكام الأوامر التي يصدرها رئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه .. وتشكل كل دائرة من دوائر أمن الدولة الجزئية بالمحكمة الابتدائية من أحد قضاة المحكمة ، وتشكل دائرة أمن الدولة العليا بمحكمة الاستئناف من ثلاثة مستشارين ويجوز استثناء لرئيس الجمهورية أن يأمر بتشكيل دائرة أمن الدولة الجزئية من قاض واثنين من ضباط القوات المسلحة من رتبة نقيب ، وبتشكيل دائرة أمن الدولة العليا من ثلاثة مستشارين ومن ضابطيين من الضباط القادة . كذلك أباحَت المادة (٩) من نفس القانون محل البحث ،

لرئيس الجمهورية أو من يقوم مقامه أن يحيل إلى محاكم أمن الدولة الجرائم التي يعاقب عليها القانون العام .. وعلاوة على ما تقدم فإن الدعوى المدنية غير مقبولة أمام محاكم أمن الدولة ، ولا يجوز الطعن بأى وجه من الوجوه فى الأحكام الصادرة منها ، ولا تكون تلك الأحكام نهائية إلا بعد التصديق عليها من رئيس الجمهورية ، ومن هنا تأتى التفرقة العنصرية فى سير القضايا وإجراءاتها وفقاً لنوع بعض الجرائم أو الحق المعتدى عليه ، فمثل تلك الحالات « أمن دولة طوارئ » يحرم فيها المتهم من حق الطعن ولو بطريق النقض بينما يتمتع بذلك المتهمين بجرائم القتل أو المخدرات مثلاً .

أما محاكم أمن الدولة فى الحالات العادية لا حالات الطوارئ ، فإن أحكامها يمكن الطعن عليها ، ذلك أنه وفقاً للقانون رقم ١٠٥ لسنة ١٩٨٠ الخاص بإنشاء محاكم أمن الدولة ، فإن أحكام محكمة أمن الدولة العليا تكون نهائية ولا يجوز الطعن عليها إلا بطريق النقض وإعادة النظر ،

ومن ناحية أخرى فإن أحكام محكمة أمن الدولة الجزئية تكون قابلة للطعن فيها أمام دائرة متخصصة بمحكمة الجناح المستأنفة ويجوز الطعن فى الأحكام التى تصدرها هذه الدائرة بالنقض وإعادة النظر ... وهنا أيضاً تجد التفرقة العنصرية المبررة بين محاكم أمن الدولة فى الظروف العادية ومحاكم أمن الدولة فى حالات الطوارئ ، فيعيش المواطن قلقاً .. حائزاً .. وتتعرض الأقدام .. ويتشتت الفكر .. سواء فكر المواطن العادى .. أو فكر رجل القانون .. قاض كان أو محام .. ويعيش المواطن وحالة الطوارئ تهدد كيانه .. وتهدر حريته .. وتعتدى - بالتأكيد - على كل ما له من حقوق .

لذلك يجب إلغاء قانون حالة الطوارئ ، وإلغاء كل ما هو إجراء استثنائى فى المجتمع من أجل صالح المجتمع .

ومن الأمور التى يجب نكرها أيضاً عند الحديث عن الحريات والأخذ بها فى الواقع ، نجد مسألة سلطة النيابة العامة فى الحبس الاحتياطى .. فسبق لنا وأن

نكرنا أن الحبس الاحتياطى عموماً يعد وصمة على جبين النظم القانونية التى تقره ، وهو فى بعض الأحيان - إن لم يكن أغلبها - ما يكون حبساً مطلقاً لا مؤقتاً أو احتياطياً .. وحبس المتهم إجراء شاذ خطير ، لأن الأصل هو ألا تسلب حرية الإنسان إلا تنفيذاً لحكم قضائى نهائى واجب النفاذ ، لكن قد تقتضيه - مع ذلك - مصلحة التحقيق منعاً لتأثير المتهم فى الشهود أو العبث بالأدلة ودرءاً لاحتمال هربه من الحكم الذى قد يصدر ضده ، وأدنى مدة للحبس الاحتياطى فى القانون المصرى هى أربع أيام من يوم القبض على المتهم ، وأعلىها هى ٤٥ يوم . وتكون الأخيرة من سلطات القاضى الجزئى أو قاضى التحقيق أما الأولى فهى من سلطات النيابة العامة ولكن واقع الحال يجرى فى المحاكم على خلاف ذلك إذ أن النيابة العامة فى الوقت الحاضر قد خولت لنفسها حق الحبس المطلق أو الاعتقال ، ودون أى اعتبار لمبادئ ولقواعد حريات الإنسان .. أى إنها بذلك قد أخذت كل سلطات قاضى التحقيق فى شأن الحبس الاحتياطى بصفة عامة ويظل

المتهم مشتتاً بين الواقع وبين القانون .. فلا يعرف هل هو ينفذ أمراً بحبسه احتياطياً ، أم إنه ينفذ حكماً - صدر قبل أو أنه - يقيد حريته ، ودون تحديد لمدة ذلك القيد ، ثم ومن ناحية أخرى ماذا يكون لهذا الإنسان إذا انتهت التحقيقات بانتفاء التهمة وصدر الحكم بالبراءة .. ولا عوض - بالتأكيد - عن مثل هذه الحالة ، فليس له سوى أن يشكو أولى الأمر لربه سبحانه وتعالى العدل .. الحق . لذلك فعلى كل عضو من أعضاء النيابة العامة .. وحتى رأسهم العليا وهو النائب العام أن يعلموا تماماً « أن المتهم برئ » إلى أن تثبت إدانته في محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه ، (م ٦٧ دستور) . كما أنه ليس في نصوص القانون ما يسمى باصطلاح « الحبس المطلق » ، فهو يعد شرخاً جسيماً لمبدأ الشرعية الجنائية ، وفيه إهدار وافتئات للحقوق والحريات الفردية ، فعليهم أن يحدوا من استخدامه إن لم يلغ كلية من القانون المصري على الأقل .

وإذا وصلنا الآن إلى الحديث عن « فرض الحراسة

على أموال الشخص » .. وما يمثله ذلك من تهديد للحرية الشخصية ومخالفة لأحكام الدستور والقانون عموماً .. فإننا سوف نجد في القانون المصري - حتى الآن - ثلاث حالات لفرض الحراسة كتدبير جنائي على النحو التالي :

أولاً : نصت المادة (٢٠٨) مكرر (أ) من قانون الاجراءات الجنائية على أنه للنائب العام إذا قامت من التحقيق دلائل كافية على جدية الإتهام .. أن يأمر ضمناً بالتنفيذ ما على أن يقضى به من الغرامة أو رد المبالغ أو قيمة الأشياء محل الجريمة أو تعويض الجهة المجنى عليها ، يمنع المتهم من التصرف في أمواله أو إدارتها أو غير ذلك من الاجراءات التحفظية مع تعيين وكيل لإدارة هذه الأموال .

ثانياً : نص القانون رقم ١٩٧٥/٦٢ في شأن الكسب غير المشروع في الفقرة الأولى من مادته العاشرة على أن للهيئة المختصة بالتحقيق أن تأمر بمنع المتهم أو زوجته أو أولاده القصر من التصرف في أموالهم كلها أو بعضها

ونصت الفقرة الثانية على إدارة الكسب غير المشروع أن تعرض الأمر .. في ميعاد معين على محكمة الجنايات المختصة لكي تقضى إما بتأييد الأمر أو تعديله أو الغائه .

ثالثاً : نص القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ (الخاص بتنظيم فرض الحراسة وتأمين سلامة الشعب) في مادته السابعة على أنه يجوز للمدعي العام إذا تجمعت لديه دلائل قوية بالنسبة لأحد الأشخاص .. أن يأمر بمنع التصرف في أمواله أو إدارتها ، ونص هذا القانون في مادته التاسعة على أن تكون إحالة دعوى طلب فرض الحراسة إلى المحكمة المختصة بقرار مكتوب ومسبب من المدعي العام الانسراك ، كما نص هذا القانون على مضمون ونطاق الحكم الصادر بفرض الحراسة من محكمة القيم .

ويتميز تدبير الحراسة بطبيعة قانونية مختلفة وفقاً للحالات التي يثور فيها فالحالات الأولى والثانية سالف الذكر يعتبر فرض الحراسة فيهما اجراء من اجراءات التحفظية أما انحالة الثالثة فإن

فرض الحراسة بناء عليها يعتبر عقوبة بالمعنى القانوني وليس من اجراءات التحقيق ، وآية ذلك أن فرض الحراسة طبقاً للحالة الأولى يصدر من النائب العام أثناء التحقيق ، كما أنه في الحالة الثانية تصدره الهيئة المختصة بالتحقيق .. ودور محكمة الجنايات يقتصر فقط على تأييد الأمر أو تعديله أو الغائه فهي لا تنشئ هذا التدبير لكنها ترأب هيئة التحقيق فيما قرره فتؤيد قرارها أو تعدله أو تلغيه .. وفي الحاليين فإن الحراسة تكون مفروضة من سلطة إدارية لا قضائية بالمعنى القانوني البحث ، أما في الحالة الثالثة حيث يرفع المدعى العام الاشتراكى دعوى طلب فرض الحراسة فإنه يطلب من محكمة القيم اتخاذ هذا التدبير بحكم قضائي يصدر منها هي وحدها دون أن يعتبر مجرد اجراء من اجراءات التحقيق ، فتدبير الحراسة طبقاً للقانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ يعتبر عقوبة لمواجهة حالات الخطورة المنصوص عليها في المادتين الثانية والثالثة من ذات القانون .

ونحن وإن كنا نرتضى

بالحالة الثالثة نظراً لصدورها بحكم قضائي ونظراً لكونها في يد أمينة ونزيهة هي يد القضاء العادل والحارس الطبيعي للحريات الفردية ، فإننا نشجب الحالتين الأولى والثانية تماماً لما فيهما من مسلك يهدد الحرية الشخصية للفرد من ناحية ، ولما فيهما من افتئات واعتداء على اختصاصات السلطة القضائية من ناحية أخرى ، والاتجاهات السياسية الجنائية الحديثة توجب فرض التدابير التي تواجه الخطورة - والحراسة منها - على أن تكون بيد القضاء وحده ودون السلطة الإدارية ، ذلك أن الملكية الخاصة مصنونة ولا يجوز فرض الحراسة عليها إلا في الأحوال المبينة بالقانون وبحكم قضائي (م ٣٤ دستور) ولا يجوز فرض الحراسة على أموال الأشخاص الطبيعيين إلا بحكم قضائي .. وفي الأحوال الواردة في القانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧١ ووفقاً للضوابط المنصوص عليها فيه .

وعلاوة على ما تقدم ، فنجد أننا قد عدنا بقانون المحاكم العسكرية رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٦ إلى التعدد وإلى الإخلال بمبدأ المساواة لدى

القانون والقضاء ، ذلك أن المساواة لا تتحقق إلا بتوحيد الاجراءات ووساطل الطعن في الأحكام ودرجاتها وهو ما يفترق كثيراً ما بين المحاكم العسكرية والمحاكم العادية ، والمساواة تنعدم عندما تكون الجريمة هي نفس الجريمة ويتغير القاضي بتغير الاختصاص .

وكل ما تقدم ليس حصراً لكنه أمثلة سريعة أوضحنا من خلالها مدى الأخذ بهذه الحريات وتمتع الأفراد بها في مصر .

المبحث الرابع

ضمانات وكفالة حريات

المواطن المصري

لا يكفي النص في الدستور على تنظيم السلطات الأساسية للدولة وسرد أو تعيين حقوق وحريات الأفراد ، بل يجب كذلك أن يكون هناك من الضمانات والحصانات ما يكفل احترام تلك السلطات للاختصاصات التي أسندت إليها بحيث لا تتجاوزها إلى غيرها من ناحية ، وما يكفل ضمان وتأكيد هذه الحقوق والحريات الفردية من ناحية

أخرى ، ويتحقق ذلك عن طريق رقابة أعمال تلك السلطات وما يرتبه ذلك من توقيع جزاء من شأنه أن يبطل العمل المعيب سواء أتم هذا البطلان بطريق مباشر أم غير مباشر وهذا ما يطلق عليه اصطلاحاً « الرقابة على أعمال الدولة » فتلك الرقابة أمر ضرورى لضمان احترام السلطات لمبدأ الشرعية

فتستقيم تبعاً لذلك الأوضاع القانونية فى الدولة وتسير علاقة الأفراد بها على نحو سليم ، وصور الرقابة فى هذا المجال ثلاثة ، فهناك الرقابة السياسية والإدارية والقضائية :

١ - فالرقابة السياسية : هى رقابة وقائية تسبق صدور القانون وتتمثل فى رقابة البرلمان أو العمل الإدارى لأعمال السلطة التنفيذية أو الإدارة ، وذلك مثلاً عن طريق توجيه أسئلة أو استجوابات إلى الوزراء تتعلق بأعمال وزاراتهم ، وحق البرلمان فى تعيين لجان من بين أعضائه لأجراء تحقيقات فى أية مصلحة من مصالح الدولة .

٢ - والرقابة الإدارية :

هى رقابة ذاتية إذ تقوم الإدارة بمراقبة نفسها بنفسها فتقوم بتصحيح ما تكتشفه من أخطائها فى أعمالها المختلفة أو ما يكشف عنه الأفراد فى تظلماتهم المرفوعة إليها ، وبذلك تأخذ هذه الرقابة صورتين : أحدهما تلقائية والثانية مبنية على تظلم الفرد ، وتتبدى سلطة الإدارة فى الرقابة على أعمالها - أى أعمال موظفيها - فى إلغاء هذه الأعمال أو سحبها وذلك لعدم مشروعيتها أو لعدم ملائمتها حسب الأحوال .

٣ - الرقابة القضائية :

وهى تعتبر أهم صور الرقابة على تصرفات الدولة ، وذلك أن القضاء هو الجهة المؤهلة لحماية مبدأ الشرعية من العبث به أو الخروج عن أحكامه ويقوم القضاء بهذه المهمة إذا ما توافرت الضمانات الكافية التى تكفل له الاستقلال فى أداء وظيفته بحيث يتمكن من القيام بالرقابة على أكمل وجه ، وفى ذلك ينص الدستور الدائم لسنة ١٩٧١ فى المادتين (٦٤ ، ٦٥) منه على « سيادة القانون أساس الحكم فى الدولة ،

وتخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات » .

ويلاحظ أن الرقابة القضائية تمتد إلى سلطات الدولة كلها إذ تسرى على السلطة التشريعية (رقابة دستورية القوانين) والسلطة التنفيذية (الرقابة القضائية على أعمال الإدارة) بل والسلطة القضائية ذاتها (الرقابة بطرق الطعن فى الأحكام) .

فبالنسبة للرقابة القضائية على دستورية القوانين :

فهى تعد رقابة لاحقة على صدور القوانين ، وهى تعد فى حقيقتها أكمل أنواع الرقابات وأوفاهما لحماية حقوق الأفراد وحرياتهم بحسبان أن أعضاء الهيئة القضائية لهم من الكفاية والدراسة القانونية والحيدة ما يصون تلك الحقوق والحريات كما أن الاعتراف للقضاء برقابة دستورية القوانين لا يتعارض أبداً ومبدأ الفصل بين السلطات ، بل هو تطبيق وتأكيد صحيح لذلك المبدأ الدستورى العريق .

فإذا كان هناك تنازع بين قانونين عادى ودستورى أو كان حل التنازع موجود فى قانونين متعارضين عادى ودستورى ، تعين على القاضى أن يطبق الدستورى باعتباره القانون الأعلى مستبعدا القانون العادى .

فاختصاص السلطة القضائية اختصاص سلبى إذ يقتصر على بيان كلمة القانون وتطبيقه على المنازعات ، لذا قيل بحق أن السلطة القضائية هى أضعف السلطات الثلاث فى الدولة ، فى حين أن اختصاص كل من السلطتين التشريعية والتنفيذية اختصاص ايجابى ، بمعنى أن الأولى تصدر القوانين والأخرى تصدر قرارات إدارية تنفيذية أو تنظيمية أو لوائح ، وكلاهما قد يمس حقاً من حقوق الأفراد أو حرياتهم التى كفلها الدستور ، وفى تلك الحالة يتعين أن يكون من حق الأفراد اللجوء للقضاء ، ذلك الميزان الذى يحقق العدالة ويعطى لكل ذى حق حقه .

ورقابة القضاء على دستورية القوانين تتخذ شكلين ، الأول وهو الرقابة القضائية عن طريق الدعوى

الأصلية إذ يرفعها صاحب الشأن أمام المحكمة المختصة - ودون أن يكون هناك نزاع مطروح لدى القضاء - طالباً فيها الحكم بالغاء القانون المخالف لأحكام الدستور ، وأما الشكل الثانى فهو : الرقابة القضائية عن طريق الدفع ، حيث نكون بصدد نزاع مطروح أمام القاضى ، ثم يدفع أحد الأخصام بعدم دستورية القانون الذى يطبق على ذلك النزاع .

هذا وقد نص الدستور الصادر سنة ١٩٧١ فى المادة (١٧٥) على «تولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، .
الرقابة القضائية على أعمال الإدارة :

وتبدو أهمية الرقابة القضائية هنا لأن رجال السلطة التنفيذية بحكم عملهم يحتكون بالجمهور أكثر من رجال السلطتين التشريعية والقضائية ، ومبثّل ذلك الاحتكاك من شأنه أن يجعلهم يتأثرون فى تعاملهم - أحياناً - بالاعتبارات الشخصية المختلفة التى تنحرف بالعمل الإدارى عن

دائرة الصالح العام . كذلك يلاحظ أن السلطة التنفيذية تتمتع بحكم وظيفتها بمجموعة من الامتيازات الخطيرة التى قد تهدد - عند استخدامها - حقوق الأفراد وحرياتهم ، وربما تلجأ الإدارة إلى ممارسة امتيازاتها لمحاربة البعض أو لمحاربة البعض أحياناً وفى الحالتين إضراراً بالمصلحة العامة ، لكل ذلك نجد أن الرقابة الإدارية الذاتية - والتى سبق ذكرها - لا تكفى فى هذه الحالات ، ولذا فيجب أن توجد رقابة خارجية عن الإدارة يتولاها القضاء الأمر الذى يترتب عليه حماية الحقوق والحريات الفردية ، وبهذه الطريقة تصبح الدولة قانونية من الناحيتين النظرية والعملية الواقعية .

هذا والرقابة القضائية على أعمال الإدارة عندنا فى مصر يتولاها القضاء الإدارى (مجلس الدولة) وهى تتبدى فى صورة طلب وقف تنفيذ قرار إدارى أو الغاؤه أو الحكم بتعويض مقابل الأضرار التى لحقت بالفرد من جراء تصرف الإدارة .

وأخيراً فإن الرقابة

القضائية على أعمال السلطة القضائية ذاتها ، إنما تتمثل في طرق الطعن على الأحكام القضائية سواء طرق الطعن العادية أم غير العادية .

وعند الحديث عن ضمانات حقوق الأفراد وحررياتهم ، ينبغي على الباحث أن يذكر « حق التقاضي واستقلال القضاء » وحق التقاضي يعنى حق التجاء الأفراد الى القضاء فيما يدعونه من حقوق ، وهو حق كفله الدستور المصرى الحالى وذلك بالنص عليه فى المادة (٦٨) : « التقاضى حق مصون ومكفول للناس كافة ، ولكل مواطن حق الالتجاء الى قاضيه الطبيعى ، وتكفل الدولة تقريب جهات القضاء من المتقاضين وسرعة الفصل فى القضايا ، ويحظر النص فى القوانين على تحصين أى عمل أو قرار إدارى من رقابة القضاء » .

فهذا الحق يعد حقاً دستورياً فلا يجوز حرمان أى فرد من التمتع به ، ولا يصح لأى جهة فى الدولة أن تنال منه وعلى أية صورة من الصور ، والقول بغير ذلك يجعل أحكام الدستور والقانون عدماً من ناحية ، ويعطل وظيفة السلطة

القضائية من ناحية أخرى .

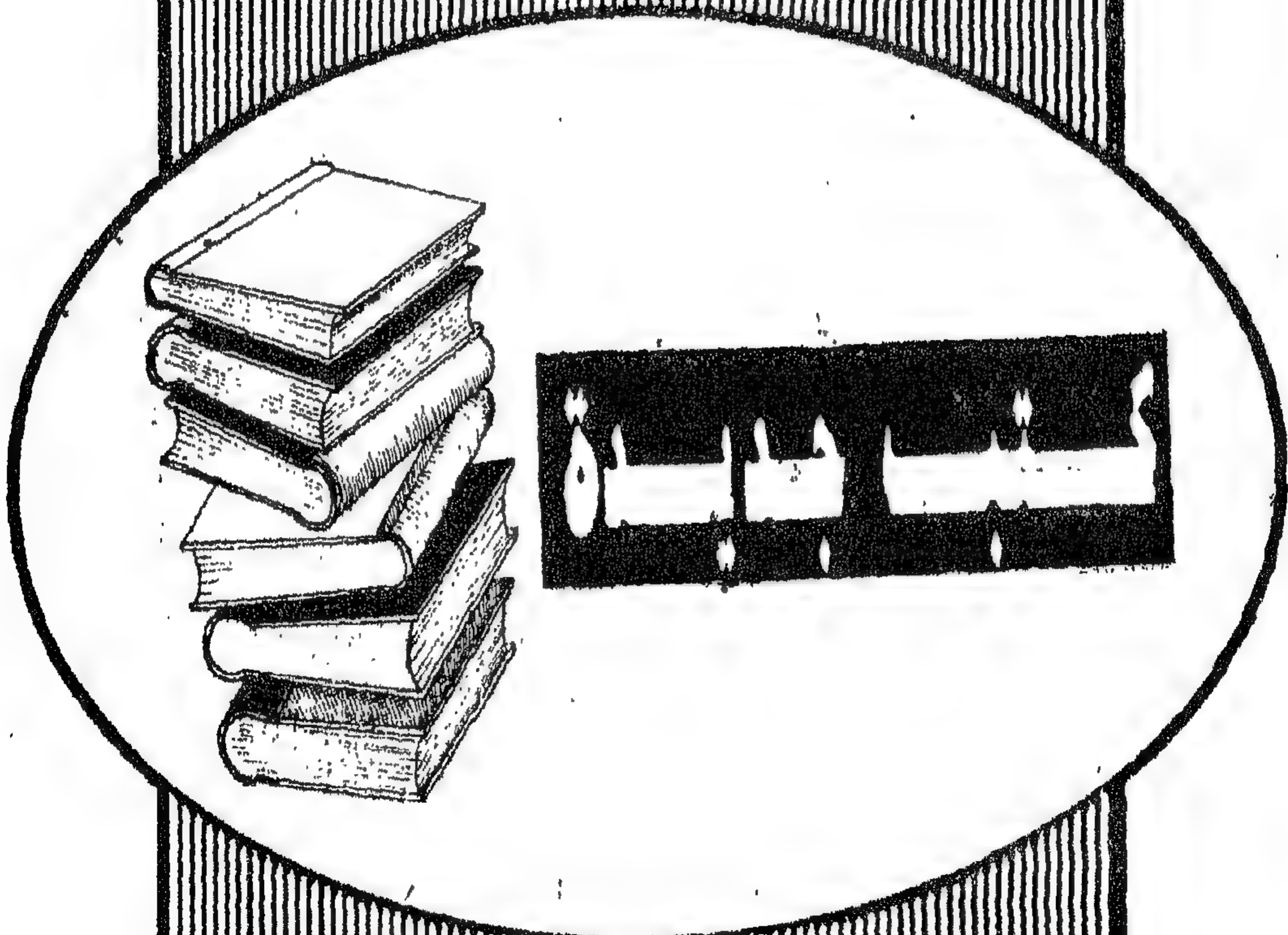
ويضاف الى ذلك أن حق الدفاع أصالة أو بالوكالة مكفول ويكفل القانون لغير القادرين مالياً وسائل الالتجاء إلى القضاء والدفاع عن حقوقهم (م ٦٩) كما أن الدعوى الجنائية لا تقام إلا بأمر جهة قضائية (م ٧٠) ، والمتهم برىء حتى تثبت ادانته فى محاكمة قانونية تكفل له فيها ضمانات الدفاع عن نفسه وكل متهم فى جنائية يجب أن يكون له محامى يدافع عنه (م ٦٧) ويجب أن يبلغ كل من يقبض عليه أو يعتقل بأسباب القبض أو الاعتقال فوراً ، ويكون له حق الإتصال بمن يرى إبلاغه بما وقع أو الإستعانة به .. ويجب إعلانه على وجه السرعة بالتهمة الموجهة إليه ، وله ولغيره حق التظلم أمام القضاء من الإجراء الذى قيد حريته الشخصية (م ٧١) .

وكل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين وغيرها من الحقوق والحريات العامة التى يكفلها الدستور والقانون يعتبر جريمة لا تسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة

عنها بالتقادم ، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء (م ٥٧) .

والسلطة القضائية مستقلة وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها وتصدر أحكامها وفق القانون ، والقضاة مستقلون لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ولا يجوز لأية سلطة التدخل فى القضايا أو فى شئون العدالة ، والقضاة غير قابلين للعزل وينظم القانون مسائلتهم تأديبياً (المواد ١٦٥ ، ١٦٦ ، ١٦٨ من الدستور المصرى) .

وفى الختام يجب أن نذكر أن أسمى مراتب المحاماة وأعلى معانيها هو أن يقف المحامون بجانب مظلوم تحالفت عليه القوى ، وأن يتحملوا معه شطراً مما يقاسيه ، فهذه هى حقيقة مهنة المحاماة المقدسة .. كما أن صلابة الدولة القانونية إنما تقوم فى الدرجة الأولى على تأمين حريات المواطن فى شتى صورها ، وعلى تأكيد مبدأ الشرعية وسيادة القانون فى ظل رقابة السلطة القضائية على مختلف أعمال الدولة وذلك لأن القانون - فى هذه الدولة - خادم للحريات وليس سيقاً مصلطاً عليها .



المحاكم الخاصة في مصر

السيد الدكتور / أسامة الشناوى
رئيس المحكمة ومساعد المدعى العام الاشتراكى

وظائف الدولة وأعمالها الى
أى عناء .

ولكن الأمر لم يكن كذلك
دائماً ، فقد طرأ على مبدأ
الفصل بين السلطات تطورات
جعلت اختلاط الوظائف بين
هيئات الدولة المختلفة أمراً
مألوفاً ، فالهيئة الواحدة قد
تؤدي أكثر من وظيفة فى آن
واحد ، ومن ثم فإن الفصل بين
السلطات لم يكن تاماً أو
جامداً ، وإنما فى الواقع
والتطبيق العملى للمبدأ كان
هناك تعاون وتعاضد بين تلك
السلطات ، كما يوجد بين
وظائف الدولة تداخل الى
حد ما ، فعضو التشريع
- البرلمان - قد يقوم بغير
التشريع ، أى قد يقوم بالتنفيذ
والقضاء ، وعضو التنفيذ قد
يقوم بالتشريع والقضاء ،
وعضو القضاء - المحاكم -
قد يقوم بالتنفيذ وما يشبه
التشريع .

ومن ثم فإن غاية ما انتهى
إليه مبدأ الفصل بين

والأمر والقضاء ، ووزع تلك
الوظائف على أساس هذا
التقسيم .

١ - المجلس العام الذى
يقوم بفحص ومناقشة الأعمال
العامه .

٢ - كبار الموظفين الذين
لديهم سلطة الاكراه .

٣ - المحاكم التى تفصل
فى المنازعات .

الا أن مبدأ الفصل بين
السلطات هذا - الذى قال به
مونتسكيو ومن قبله أفلاطون
وأرسطو - لا يؤخذ على
اطلاقه وإنما ترد عليه بعض
التحفظات ، لأنه لو كان هذا
المبدأ قائماً دائماً ، ولو كانت
كل سلطة من السلطات الثلاث
المعروفة ، تقوم بالوظيفة التى
تحمل اسمها ، وتقوم بها
وحدها دون مشاركة مع
غيرها ، ولا تقوم بشيء
سواها ، لهان الأمر ولتمشى
التقسيم العضوى لتلك
السلطات مع التقسيم
الوظيفى ، ولما احتاج تمييز

للدولة القانونية الحديثة
ثلاث وظائف أساسية هي
التشريع والتنفيذ والقضاء
وتنظيم هذه الوظائف يقتضى
الأخذ بأحد حلين : إما توزيعها
بين هيئات متعددة ، أو
تركيزها فى يد واحدة .

ولما كان كل من يحوز
سلطة ، يقوم به ميل الى
التعسف فيها والاستبداد بها
الى أن يقوم فى مواجهته
سلطة أخرى تحده ، فقد
اعتنقت معظم الدول المتقدمة
مبدأ الفصل بين السلطات ،
بحيث تنشأ لكل سلطة أو
وظيفة هيئة عامة متخصصة ،
واحدة لوظيفة التشريع ،
وأخرى لوظيفة التنفيذ ، وثالثة
لوظيفة القضاء ، ومن ثم فإنه
فى ضوء هذا التوزيع تتوفر
الحماية الحقيقية لحريات
المواطنين .

وتقسيم وظائف الدولة الى
تشريع وتنفيذ وقضاء ، تقسيم
قديم قال به أرسطو الذى قسم
أعمال الدولة الى الفحص

السلطات ، هو أن كل عضو من أعضاء السلطة أصبح يقوم بالوظيفة التي يحمل اسمها أساساً ، ويقوم بالوظيفتين الأخرتين على سبيل الاستثناء ، ونتيجة لذلك أصبح من العسير التمييز بين وظائف الدولة الثلاث بناء على معيار عضوى أو شكلى ، وكان لابد من اللجوء الى المعايير الموضوعية أو المختلطة .

ولا مراء فى أن من أهم وظائف الدولة وأقدسها إقامة العدل بين الأفراد ، بل أن تلك الوظيفة تعتبر مبرراً أساسياً من مبررات وجود الدولة ذاتها ، ولذلك تعهد كل دولة بتلك الوظيفة الى سلطة رئيسية من سلطاتها ، وهى السلطة القضائية ممثلة فى المحاكم .

وإذا كانت الوظيفة القضائية فى جوهرها هى حسم المنازعات والفصل فى الخصومات وفقاً لحكم القانون ، باتباع اجراءات خاصة تتخذ أشكالاً معينة يقوم بها الخصوم والقاضى وأعوانه ، الا أن هذا التحديد للوظيفة القضائية ليس متفقاً عليه ، بل هو مثار خلاف بين أنصار النظريات المختلفة فى

تحديد معيار العمل القضائى .

ومع التطور أصبحت الدولة تقوم بواجبات متعددة فى جميع المجالات ، من اقتصادية واجتماعية وثقافية ، وهى وظائف لم تكن تقوم بها فى ظل سيادة المذهب الفردى ، كما أصبحت الدولة الحديثة تأخذ على عاتقها مهام كثيرة وجسيمة ازاء الأفراد ، وقد أدى ذلك الى اعطاء الفرد مزايا كثيرة ومتعددة ، لا ترقى الى مرتبة الحقوق بمعناها الدقيق ، وأصبح من الواضح أن ضمان حصول المواطن على هذه المزايا يحتاج الى رقابة فعلية من هيئات محايدة قدر الامكان .

وفى سبيل تنظيم تلك المهام ، تصدر الدولة تشريعات عديدة ، تتضمن حقوقاً للمواطنين أو التزامات عليهم ، وهذا يعنى مشاكل جديدة مع الادارة ، تعجز المحاكم - عادية أو ادارية - مع كثرتها وتنوعها وفنيتها ، عن القيام بكل هذا العبء بطريقة فعالة وسريعة ، مما حدا بالمشرع أن ينشئ الى جانب الهيئات القضائية المعتادة التى تقوم بالوظيفة القضائية ، هيئات أخرى تقوم

أيضاً بذات الوظيفة القضائية ، وهى التى يطلق عليها عادة - وخاصة فى مصر - اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائى ، وان كنا نفضل اصطلاح المحاكم الخاصة ، لأن هذا الاصطلاح يشمل أيضاً الهيئات الأخرى التى ليست ادارية .

وانشاء المحاكم الخاصة التى اتخذناها موضوعاً لهذه الرسالة - الى جانب المحاكم العادية - ليس أمراً مرغوباً فيه من ناحية المبدأ ، لأنه يخل بوحدة التنظيم القضائى ، ولأن هذه المحاكم الخاصة بحكم تشكيلها من عناصر غير قضائية ، واحتمال ضعف الرقابة عليها فى أدائها لعملها ، لا توفر نفس الضمانات التى تتوافر فى القضاء العادى ، ولذلك كان من الطبيعى أن يحاربها رجال القانون ، بل والمشرع نفسه فى بعض الأحيان تأسيساً على أنها تشكل مساساً بمبدأ المساواة بين المواطنين ، كما أنها تبعدهم عن قاضيهم الطبيعى .

الا أنه ورغم كل هذه الاعتبارات النظرية ، غير أن الواقع العملى يكذبها بوجود

ظاهرة عامة تتمثل في ازدياد عدد المحاكم الخاصة ، وأنها في اضطراب مستمر ، والاعتبارات العملية هي التي أدت الى هذه الظاهرة .

ومخاطر المحاكم الخاصة ، مخاطر حقيقية ، ومن الخطأ أن نحاول التقليل من شأنها في سبيل تبرير استمرار وجود هذه المحاكم ، ولكن كيف السبيل الى درء هذه الأخطار وتجنبها ؟

إن أبسط وسيلة من حيث الظاهر على الأقل ، هي إلغاء المحاكم الخاصة كلية ، إلا أن هذه الوسيلة غير عملية ، لأن الأسباب التي أدت الى انشاء المحاكم الخاصة أسباب واقعية وحقيقية ، وهي تستجيب لتطورات فعلية في التنظيم السياسي والاقتصادي والاجتماعي لا يمكن تجاهلها .

وليس صحيحاً أن المحاكم الخاصة تمثل من حيث المبدأ اعتداء على حسن أداء الوظيفة القضائية ، وذلك لأن المحاكم الخاصة في الحقيقة تمثل امتداداً للوظيفة القضائية واتساعاً لها لتشمل مجالات جديدة الى جانب المجالات التقليدية .

وحرص المشرع على انشاء المحاكم الخاصة ، دليل على رغبته واتجاهه نحو توفير ضمانات أكبر للمواطنين ، لأن المحاكم الخاصة في كثير من الحالات تباشر اختصاصات ، هي في الأصل اختصاصات داخلية في نطاق الأعمال الادارية ، والملاحظ أن الإدارة أصبحت تفضل - عندما يكون ذلك ممكناً - أن تتصرف بطريقة قضائية ، وذلك عملاً منها على توطيد مبدأ الشرعية في مرحلة اعداد القرار ، وعدم الاكتفاء برقابة المشروعية اللاحقة على صدور العمل أو القرار والوقاية على أى حال خير من العلاج .

وهكذا وبظهور المحاكم الخاصة ، يمكن القول بأنه توجد ثلاثة أنواع من الأعمال : أعمال ادارية بحتة تقوم بها الهيئات الادارية ، وأعمال قضائية تتخذ بواسطة المحاكم الخاصة أو اللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي ، وأعمال قضائية بحتة تتخذ بواسطة المحاكم العادية .

ويمكن القول بأنه يوجد تدرج في الأعمال ، وأنه يوجد

بين الأعمال الادارية البحتة والأعمال القضائية البحتة أعمال على الحدود ، أو يوجد نوع متوسط من الأعمال ، وهي التي تصدر عن المحاكم الخاصة واللجان الادارية ذات الاختصاص القضائي .

ومن كل ما تقدم ، وإزاء وجود هذا العدد الضخم من المحاكم الخاصة ، وإزاء تزايدها يوماً بعد يوم بالرغم من المناداة بالحد منها ، وإزاء خطورة ما يسند الى تلك المحاكم الخاصة من أعمال واختصاصات ، ونظراً لتراكم الأعداد الهائلة من القضايا أمام القضاء العادي - فقد وصل عدد القضاة في مصر كما ورد بسجل القضاء سنة ١٩٩٠ (٤٦٣٣) عضواً منهم (٩٨٦) عضواً بالنيابة العامة وحوالي (٦٤٧) عضواً بين منتدب أو معار ، ومن ثم يكون الجالسون على المنصة فعلاً لا يتعدون (٣٠٠٠) قاضي ، عليهم أن ينظروا في أكثر من تسعة ملايين قضية خلال الموسم القضائي ، الأمر الذي معه يصل نصيب كل قاضي منها الى ما يربو على الثلاثة آلاف قضية ينظرها في الموسم وهذا ما أدى الى أن

تظل بعض القضايا تتداول في ساحات المحاكم لمدد تربو على الخمسة عشر عامًا ، وليس بخاف أن العدالة البطيئة نوع من الظلم .. بل هي الظلم بعينه .

لكل ما تقدم - استهواني موضوع المحاكم الخاصة - لخطورته ، خاصة وأن الكتابة المباشرة فيه تكاد تكون منعدمة ، ولم يول هذا الموضوع القدر اللازم من الاهتمام رغم أن ظاهرة المحاكم الخاصة تتزايد وتتوسع يوماً بعد يوم مع تنوع أنشطة الدولة وتزايدها كنوع من الإدارة القاضية على حساب ما يسمى بالإدارة العاملة ، بل أن كثيراً ما يحدث أن تتحول هذه الجهات إلى محاكم حقيقية .. وهذا ما تؤكدته النظرة الشاملة في الزمن الطويل ، ومن أبرز الأمثلة على هذا (المحاكم التأديبية) فقد كانت من الاختصاصات الخالصة لرجال الإدارة ، ثم صارت في جزء كبير منها من اختصاص المجالس التأديبية إلى أن صارت محاكم حقيقية .

إنها حتمية التاريخ ، وتطور الوعي العام نحو الحرص على مزيد من

الضمانات في العلاقات بين المحاكم والمحكوم ... أنه البحث الدائب للشعوب الأخذة في النمو عن موازين أكثر دقة في توزيع العدل ، وتحقيق المساواة بين سائر المواطنين ، ومن ثم فإن القضاء بضماناته الأوفى يزحف إلى ميدان الجهات الإدارية ذات الشكل القضائي ويحل محلها ... كما أن هذه الأخيرة تمتد بدورها إلى ميادين الإدارة العاملة .

وقد رأينا أن نتناول موضوع المحاكم الخاصة في قسمين :

خصصنا القسم الأول : لدراسة المحاكم الخاصة في مصر دراسة عملية ، تعرضنا فيه لأغلب أو معظم المحاكم الخاصة في مصر ، وذلك لإظهار الحجم الحقيقي لتلك الظاهرة ، ومدى تعددها وتغلغلها في جميع المجالات ، لنتبين مقدار خطورتها وأنها موجودة بالفعل ، ولا يستطيع أن ينكرها أحد ، الأمر الذي معه بذلنا قصارى الجهد في جمع أكبر عدد من هذه المحاكم ، والتي كانت عبارة عن شتات منتشرة في جميع الميادين ، وبالرغم من هذا

لا ندعى أن ما أتينا به من تلك المحاكم كان جامعاً مانعاً لها ، بل لأغلبها فقط ، وذلك لكونها منتشرة في كل مجال وتنوء عن الحصر .

ولما كانت ظاهرة المحاكم الخاصة لا هي بالأزلية ، ولا هي بالأبدية وإنما تظهر وتختفي بظهور واختفاء دواعيها ، ومن ثم لم نقتيد في تناولنا للمحاكم الخاصة القائمة فعلاً ، وإنما عرضنا أيضاً لنماذج من تلك المحاكم لم تعد موجودة بعد الاستغناء عنها ، ولكن دراستنا لها ترسم لنا الطريق للحكم على طبيعة تلك المحاكم وتكييف ما يصدر عنها من أعمال سواء القائم منها أو ما يمكن أن يظهر في المستقبل .

وكانت خطة دراستنا لتلك المحاكم الخاصة قائمة على تصنيفها تبعاً للمجالات المختلفة التي تظهر فيها ودراسة تشكيل كل محكمة وبيان اختصاصاتها واجراءات وضمانات التقاضي المتبعة أمامها وطرق الطعن فيما يصدر عنها من أعمال ، وأنهينا دراستنا لكل لجنة أو محكمة بتقييم لما احتوته من مظاهر إدارية أو قضائية لتبين

تكييفها القانوني وطبيعة ما يصدر عنها من أعمال .

وقد قدمنا هذا القسم بفصل تمهيدى أجبنا فيه عن تساؤل مفاده .. هل كان للمحاكم الخاصة وجود في الاسلام ؟ وعرضنا في هذا الفصل للتحكيم في الاسلام وقضاء العسكر أو الجند ، وللمحاكم الحجة الخاصة ، والمحاكم القنصلية الاستثنائية .

١ - وعن المحاكم الخاصة في مجال البناء والاسكان :

عرضنا للجان فرص مقابل التحسين، ولجان تقرير القيمة الاجارية ، ولجان تسوية الديون العقارية، ولجان هدم المنشآت الآيلة للسقوط.

٢ - وفي مجال التشريع :

عرضنا للجان فحص طلبات الترشيح وفحص الاعتراضات بمجلس الشعب ، وللجنة شؤون الاحزاب السياسية.

٣ - وفي مجال التعليم :

عرضنا لمجالس التأديب الخاصة بالجامعات والمعاهد العليا والتربية والتعليم، ولجان فحص الانتاج العلمي .

٤ - وفي مجال التمويل

عرضنا للجان الاستيلاء في حالة التعبئة العامة ولجان تقدير التعويض عن الأشياء المستولى عليها .

٥ - وفي مجال الخارجية عرضنا للجان الخاصة بأعضاء السلكين الدبلوماسي والقنصلي.

٦ - وفي المجال الديني ... عرضنا للمجالس المليية، وللجان القسمة بوزارة الاوقاف ولجماعة كبار العلماء المختصة بمحاكمة علماء الأزهر.

٧ - وعن المحاكم الخاصة في مجال الزراعة، عرضنا للجان تقدير ايجار الأراضي الزراعية، وللجان التعويض عن قتلح النباتات أو اعدامها ، وللجان الفصل في المنازعات الزراعية، وللجان القضائية للاصلاح الزراعي.

٨ - وبالنسبة للمحاكم الخاصة ذات الصبغة السياسية عرضنا لمحكمة الثورة ومحكمة الغدر ولجان التطهير، ولجنة الأموال المصادرة لأسرة محمد علي، ومجلس الغنائم، ولجان تقييم المنشآت المؤممة، وللمحكمة الخاصة بغرض الحراسة،

ولجان تصفية الحراسات، وللمحاكم أمن الدولة ولمحكمة القيم.

٩ - وفي مجال المحاكم الخاصة بالشرطة والقوات المسلحة عرضنا للجنة الفصل في طلبات تصحيح قيد الأحوال المدنية، والمجلس الأعلى للشرطة، وللجان ضباط وضباط صف وجنود القوات المسلحة، وللجان تعويضات أفراد القوات المسلحة .

١٠ - وفي مجال الصناعة عرضنا للجنة القضائية للهيئة العربية للتصنيع .

١١ - وفي مجال العمل والتأمينات الاجتماعية ... عرضنا للجان التسوية الودية والتحكيم في منازعات العمل الجماعية، وللجان التحكيم الطبي المنصوص عليها في قانون التأمين الصحي.

١٢ - وعن المحاكم الخاصة في مجال القضاء ، عرضنا لمجلس تأديب القضاء ، ولدائرة فحص طعون وتظلمات رجال القضاء بمحكمة النقض، ومجلس تأديب أعضاء مجلس الدولة ، ولجنة التأديب والتظلمات

بهيئة قضايا الدولة، ولجان المساعدة القضائية للاعفاء من الرسوم .

١٣ - وفي مجال الضرائب عرضنا للجان الطعن الضريبي.

١٤ - وفي مجال الملكية عرضنا للجان الفصل في المعارضات الناشئة عن نزع الملكية للمنفعة العامة.

١٥ - وعن المحاكم الخاصة في مجال النقابات المهنية تناولنا لجان قيد وتقدير أتعاب وتأديب المحامين ، والمهندسين ، والموسيقيين ، والسينمائيين والاطباء ، والصحفيين.

١٦ ، ١٧ - وختمنا هذا القسم بفصلين خصصنا أحدهما لقضاء التحكيم والآخر لقضاء التأديب .

- وخصصنا القسم الثاني لوضع نظرية عامة للمحاكم الخاصة كانت جميعها نتاج دراستنا العملية لها في القسم الأول.

- وبدأنا هذا القسم بفصل تمهيدى حاولنا فيه وضع تعريف للمحاكم الخاصة والتمييز بينها وبين المحاكم العادية والعلاقة بينهما ،

وأسباب نشأة المحاكم الخاصة ومبررات بقائها ومدى دستوريتها . ثم قسمنا هذا القسم لخمس فصول :

- الفصل الأول : تناولنا فيه تشكيل المحاكم الخاصة :

وعرضنا في هذا الفصل للانماط المختلفة للمحاكم الخاصة من حيث التشكيل ، ومدى توائمها مع فكرة القاضي الطبيعي واتساقها مع مبدأ المساواة بين المواطنين.

وختمنا هذا الفصل باقتراح تشكيل أمثل للمحكمة الخاصة.

وفي الفصل الثاني : تناولنا اجراءات التقاضى المتبعة أمام المحاكم الخاصة ومدى تقيدها واحترامها لأسس وضمانات التقاضى ، وعرضنا في هذا الفصل للقواعد الاصولية للتقاضى من تواجيهية ، وحرية الدفاع ، وحياد القاضي وعدم جواز الجمع بين صفتي الخصم والحكم ، وعدم جواز قضاء القاضي بعلمه ، والمساواة بين الخصوم أمام القضاء ، وتسبيب الاحكام كضمانة هامة من ضمانات التقاضى.

من هذا كله في ضوء ما درسناه من محاكم خاصة في

القسم الاول ، وانتهينا في هذا الفصل الى أنه يجب على المحاكم الخاصة وقد أعطاها القانون ولاية القضاء للفصل في خصومة .. وهى بهذه الصفة أن ترتبط بالاصول الهامة والمبادئ العامة للتقاضى.

- وفي الفصل الثالث :

عرضنا لاختصاصات المحاكم الخاصة ورأينا أنها أما تختص بفئة أو قطاع معين من الأفراد أو تختص بموضوع أو منازعة معينة ، ورأينا أن هذه الصورة من صور الاختصاص تعتبر من قبيل الاختصاص الوظيفى أو الولائى ، لأن الدولة هى صاحبة الولاية العامة أو الشاملة وهى تملك أن تعهد بها الى جهة قضائية واحدة ، أو أن توزعها على عدة جهات ، تخص كلا منها بقسط من تلك الولاية ، وناقشنا أيضا مسألة الاحالة بين المحاكم الخاصة والمحاكم العادية تطبيقا للمادة ١١٠ من قانون المرافعات .

وفي الفصل الرابع :

تناولنا طبيعة ما يصدر عن المحاكم الخاصة من أعمال وحجيتها ، وتعرضنا لمشكلة المعايير المميزة للعمل

القضائي في الفقه سواء الشكلية أو الموضوعية أو المختلطة منها، وفي أحكام القضائيين الإداري والاداري في كل من مصر وفرنسا وتبين لنا أنه من الصعوبة بمكان استخلاص مذهب محدد أو معيار واضح يتخذه القضاء في تحديده لمدلول لعمل القضائي، ويعزى ذلك في المقام الأول الى الطابع العملي لمشكلة التمييز بين الحكم القضائي والقرار الإداري، والى تنوع القرائن والعلامات التي تدل على الصفة القضائية لهيئة ما.

- وقد أنهينا هذا الفصل بمعيار اقترحناه لتمييز العمل القضائي عن العمل الإداري وهو محض اجتهاده... عرفنا فيه العمل القضائي بأنه «كل فصل على أساس قاعدة قانونية، في خصومة أو ادعاء بمخالفة القانون، بقرار يصدر من موظف عام أو هيئة عامة، محايدة ومنبئة الصلة أو مستقلة عن طرفي الخصومة، وفق أسلوب واجراءات وأشكال قضائية محددة».

- وخصصنا الفصل

الخامس والأخير من القسم الثاني : للرقابة على أعمال المحاكم الخاصة، ورأينا في هذا الفصل أن أفضل الحلول الى تلافى اخطار المحاكم الخاصة وتجنبها هو اخضاعها لرقابة دقيقة سواء عن طريق اباحة الطعن على أحكامها سواء أمام المحاكم العادية أو الإدارية، واخضاعها من الناحية الادارية للرقابة الدقيقة والمتابعة من جانب وزارة العدل وهي الوزارة المسؤولة عن القضاء في مصر ... وقد اقترحنا بعض التوصيات في هذا المجال منها :

١ - البدء من جانب وزارة العدل بحصر واحصاء كافة التشريعات التي تتضمن انشاء محاكم خاصة في مصر - وما أكثرها - وتبويبها، وتصنيفها واجراء دراسة مقارنة فيما بينها، وتعديل ما يجب تعديله منها، توصلنا الى معيار أمثل ووضع نموذج مثالي يحتذى به عند انشاء محكمة خاصة.

٢ - يجب الحرص على تواجد العنصر القضائي أو القانوني على الأقل، عند تشكيل المحكمة الخاصة، وأن تكون له الرئاسة، وأن يكون تعيينه من قبل وزير العدل

وليس الوزير المسئول عن الجهة الادارية، وهذا من شأنه توفير عنصر النزاهة والكفاءة في عمل المحكمة الخاصة لتمرسه على تطبيق القانون .

٣ - يجب وضع تشريع يضمن قدرا معقولا من الاستقلال لأعضاء المحاكم الخاصة من غير رجال القضاء - من الإداريين - عن رؤسائهم الإداريين، بحيث يخضعهم هذا التشريع لتفتيش خاص على أعمالهم القضائية المتعلقة بالمحكمة الخاصة التي يتمتعون بشرف عضويتها، من قبل هيئة خاصة بهم تتبع وزارة العدل - كإدارة التفتيش على الإدارات القانونية - لمتابعة أعمالهم القضائية فنيا، وينهى ندب من يثبت عدم صلاحيته فنيا للتصدي للعمل القضائي، وذلك حتى لا تكون المحاكم الخاصة مجرد أداة في أيدي الرؤساء الإداريين، مما يؤثر تأثيرا سيئا في أدائها لوظيفتها.

٤ - انشاء ادارة خاصة بهذه المحاكم في وزارة العدل تكون مهمتها رقابتها من الناحية الادارية، وتلقى شكاوى الجمهور بشأنها والتحقيق فيها، وتقييم

مستويات الاداء فيها، والتقدم
بمقترحات لاصلاحها على
ضوء ما يتكشف عنه كل ذلك.

٥ - ادراج أعضاء
المحاكم الخاصة - كل في
مجال تخصصه - مقدما في
سجلات كخبراء الجدول أو
الحراس القضائيين، تخضع
لاشراف وزارة العدل -
ويستبعد منها ما يثبت عدم
صلاحيته لممارسة العمل

القضائي.

- وأنهينا الرسالة بخاتمة
عن مستقبل المحاكم الخاصة
في مصر ورأينا أنها تقوم
بدور أساسي في المجالات
المنوطة بها، ومن الصعب
الاستغناء عنها كلية لاستحالة
زيادة أعباء المحاكم العادية
بإضافة الاختصاصات
المتعددة للمحاكم الخاصة اليها،
وكذلك لما لها من مزايا تتمثل

في السرعة وقلة تكاليف
التقاضي أمامها، وكفاءة
أعضائها من الناحية الفنية مما
يجعل من وجودها اتساع
لنطاق الوظيفة وليس افتئاتا
عليها وهي أيضا ضمانا
لصالح الافراد وقاضيا طبيعيا
لهم وليس فيها خروج على
مبدأ المساواة بينهم، بل أنها
تمثل قيда على حرية الادارة
لصالح الافراد وفي هذا كله ما
يبير بقاءها والابقاء عليها .

العدل والكفر ...

الكافر العادل أفضل من المسلم الجائر، لأن الاول
عليه كفره ولنا عدله ، والثاني له اسلامه وعلينا
جوره ...

الامام الشاطبي

(★) ملخص رسالة الدكتوراه للسيد الدكتور اسام الشناوي رئيس المحكمة .

في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الايمان بقضاء الله وقدره ..
ينعى مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا إلى رحمة الله
تعالى .. افتقدتهم المحاماة وكانوا لها سنداً . ويتضرع
المجلس إلى العلى القدير أن يتغمدهم برحمته وأن يسكنهم
فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وذويهم وزملاءهم الصبر
والسلوان .

المحامى	الأستاذ / عصام عبد المنعم الجمال
المحامى	الأستاذ / فايز عبد المعز حبيب
المحامى	الأستاذ / طلعت عبد الحكيم الخولى
المحامى	الأستاذ / أحمد رياض الشريف
المحامى	الأستاذ / سيد جاد عبدالله سالم
المحامى	الأستاذ / محمود عبد العزيز سيد أحمد
المحامى	الأستاذ / على محمد نصار
المحامى	الأستاذ / خليل محمد الشاهد
المحامى	الأستاذ / محمد كمال هيبه عيد بكر
المحامى	الأستاذ / حسن حلمي مراد
المحامى	الأستاذة / عفاف محمد العروسي

فهرس العدد

الصفحة

الموضوع

تقديم

للسيد الأستاذ عصمت الهوارى - سكرتير التحرير - وكيل نقابة المحامين ١

أولا - الأحكام

● من قضاء المحاكم ٣

ثانيا - الابحاث

● مشروعية مراقبة المحادثات التليفونية وقوتها فى الاثبات الجنالى

للسيد الأستاذ أحمد جمعة شحاته - المحامى بالنقض ٣٢

● إثبات الجنسية

للسيد الأستاذ الدكتور هشام خالد - المحامى ٤٧

● الجريمة السياسية

للسيد الدكتور/ عبد الوهاب محمد عمر البطراوى - المحامى ٦٥

● المصلحة بين دعوى الالغاء ودعوى القضاء المدنى

للسيد الأستاذ/ صابر الرماح - المحامى ٨٦

● الشروع فى الجريمة البدء فى التنفيذ

للسيد الأستاذ/ عبد العاطى عبد المقصود بدر حماد - المحامى ٩٥

● العود كسبب لتشديد المسئولية الجنائية فى التشريع الجنائى المصرى

للسيد الأستاذ/ رفعت محمد ابراهيم الشاذلى - المحامى ١١٤

● الحاجة الى اصلاح النظام القضائى المصرى

للسيد الأستاذ/ عبد الفتاح عبد المنعم الصبروتى - المحامى ١٣٣

- حرية المواطن المصرى بين الواقع والقانون
للسيد الأستاذ شكرى محمد سيد دسوقى - المحامى ١٤٢
- كتب جديدة
- المحاكم الخاصة فى مصر
للسيد الأستاذ أسامة الشناوى - رئيس المحكمة
ومساعد المدعى العام الاشتراكى ١٥٨

رقم الايداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة
أول شارع الجيش - القاهرة
تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات
في
كلمات

كل شيء يحتاج إلى العقل ، والعقل تجارب ،
عبدالله بن مروان

★ ★ ★

متى استعبدتم الناس ، وقد ولدتهم أمهاتهم أحراراً
أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

★ ★ ★

لو لم أكن مصرياً لوددت أن أكون مصرياً .
الزعيم مصطفى كامل المحامي

★ ★ ★

من عرف الحق عزَّ عليه أن يراه مهضوماً .
الإمام محمد عبده

★ ★ ★

الفضيلة علم ، والرذيلة جهل .
سقراط

★ ★ ★

أحق الناس بالشفقة ، أولئك الذين يتطلعون بأبصارهم إلى السحب وهم
غازقون في الأوحال .

حكيم

★ ★ ★

إن قهر النفس مطلب أصعب كثيراً من قهر العالم بالسيف والنار .
غاندي

★ ★ ★

إذا انتصرت الجيوش ، وانهزمت المبادئ ، فالويل للإنسانية .
حكيم

★ ★ ★

أعظم الدول ، دولة تبني مستقبلها بسواعد أبنائها
جيفرسون

قالوا عن المحاماة

إن استقلال المحاماة عزيز على العدالة كما هو
عزيز عند المحامين ، ولولا حرية المحامين في أن
يناقشوا وينتقدوا أحكام القضاء نفسه لتكررت
الأخطاء وتراكمت ، واستحال إصلاحها وتجنبها ،
ولأصبحت المحاكم مصدراً للمظالم بدلاً مما هي
الآن عنوان الحقيقة والعدل .
« المحامي الفرنسي بيرونيه »

تصديدها
رقابة
المحاميين
بجمهورية
مصر
العربية

المجلة القانونية



العددان التاسع والعاشر - نوفمبر وديسمبر ١٩٩٠ - السنة السبعون

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَا تَنَازَعُوا فَتَفْشَلُوا وَتَذْهَبَ رِيحُكُمْ وَاصْبِرُوا إِنَّ اللَّهَ مَعَ الصَّابِرِينَ
صدق الله العظيم

الرقابة القضائية على سلطة التشريع الاستثنائية لرئيس الجمهورية في غيبة السلطة التشريعية

للسيد الأستاذ / حسين محمد البسوسى - المحامى

ضوابط وحدود اثبات الحق المدنى أمام القضاء الجنائى

للسيد الأستاذ/ صلاح الدين جمال عبدالرحمن
- المحامى

دور النيابة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية

للسيد الأستاذ / خالد شهاب - المحامى

ميراث الأم مع الأدلة والأمثلة

للسيد الأستاذ/ عبدالمعز أحمد حسن عامر
- المحامى

مشروعية التصرف فى جسم آدمى فى القانون الوضعى والفقه

للسيد الدكتور / سعيد عبد السلام
كلية الحقوق - جامعة المنوفية

تظهير سند الشحن فى ضوء المادة ٢/٢٠٣ من قانون التجارة البحرى الجديد
دراسة فى اساليب تداول سند الشحن تداولاً ناقلاً للحقوق الثابتة وماهية هذه الحقوق

للسيد الأستاذ / طاهر حزين - المحامى بالنقض .

قال صلى الله عليه وسلم :

إن في الجنة مائة درجة أعدّها الله للمجاهدين في سبيل الله . ما بين الدرجتين كما بين السماء والأرض .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من قتل دون ماله فهو شهيد ، ومن قتل دون دمه فهو شهيد ، ومن قتل دون دينه فهو شهيد ، ومن قتل دون أهله فهو شهيد .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

إن الصدق يهدي إلى البر ، وإن البر يهدي إلى الجنة ، وإن الرجل ليصدق حتى يكتب عند الله صديقاً ، وإن الكذب يهدي إلى الفجور ، وإن الفجور يهدي إلى النار ، وإن الرجل ليكذب حتى يكتب عند الله كذاباً .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من سأل الله تعالى الشهادة بصدق ، بلغه الله منازل الشهداء ، وإن مات على فراشه .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من ذل على خير ، فله مثل أجر فاعله .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من ظلم قيد شبر من الأرض ، طوّقه من سبع أرضين .

★ ★ ★

وقال صلى الله عليه وسلم :

من لا يرحم لا يرحمه الناس .

★ ★ ★

ال صلى الله عليه وسلم :

لا يؤمن أحدكم حتى يحب لأخيه ما يحب لنفسه .

صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم

المحامون العرب وأزمة الخليج

انعقد المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب بمدينة الدار البيضاء لمناقشة أزمة الخليج ، وارتفعت هناك رايات العروبة رمزاً لإرادة عربية تتحدى التحدي ، وتجسيدا لتجمع عربي يرفض الركوع والتردى ، فالمحامون العرب دائما يستمسكون بما فرضه الله من أن هذه أمتنا العربية أمة واحدة ، وأنهم إذ يجتمعون فإنهم يحملون مصابيح الحق تنير للعروبة طريقها ، ويرفعون مشاعل الحرية فتجدد الأمل بإشراقة غد جديد ، ويعزفون نشيد العروبة فلا يتحزبون ولا يتفرقون ، ويمسكون بألوية القومية العربية فلا يختلفون ولا يضلون ، إنهم كتائب حق تقتحم كل الصعاب والمحن ، وفصائل نضال تنتزع النصر من أياب الزمن !!..

اجتمع المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب ولايعنيهم إلا رآب الصدع الذي افتعله النظام الحاكم بالعراق ، فكانت أزمة الخليج التي أسفرت عن الحرب المجنونة ، بمثابة زلزال يستهدف هدم العروبة في صلابتها وتاريخها ومستقبلها ، وهو زلزال يسعد به كل أعداء العروبة وخصومها !!..

إن المحاماة رسالة رفيعة يلوذ بها الانسان منذ أن أدرك معنى الحق والحرية ، وحين يجتمع المحامون العرب فلا يشغلهم سوى قضايا الوطن العربي ، فكان حقا علينا أن نقول أن المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب هو برلمان العروبة الحقيقي الذي يؤكد في كل ما يصدر عنه من مقررات ونداءات - أن تظل الوحدة العربية سواء كانت وحدة صف أو هدف ، الدرع الواقى فى مواجهة الطامعين والغزاه ، بل لا نغالى إذا قلنا أن المكتب الدائم لاتحاد المحامين العرب هو المحكمة العربية التى تفصل فى كل ما يثور بين الدول العربية من خلاف ، فأعضاؤه صفوة هذه الأمة بما يملكون من سديد الرأى ورجاحة العقل ، وحسن إدراك ، ومساندة للحق والعدل !!..

وإذا كان الله سبحانه وتعالى يلعن قوما ضاع الحق بينهم ، فإننا نحمد الله تعالى أن المحامين العرب عندما يجتمعون لن يضيع الحق بينهم ، بل تتأكد الحقوق فيما يصدر عنهم من قرارات .

تقديم

للسيد الأستاذ
عصمت الهوارى
المحامى

وكيل نقابة المحامين
وسكرتير التحرير

المحامون والمجتمع ...

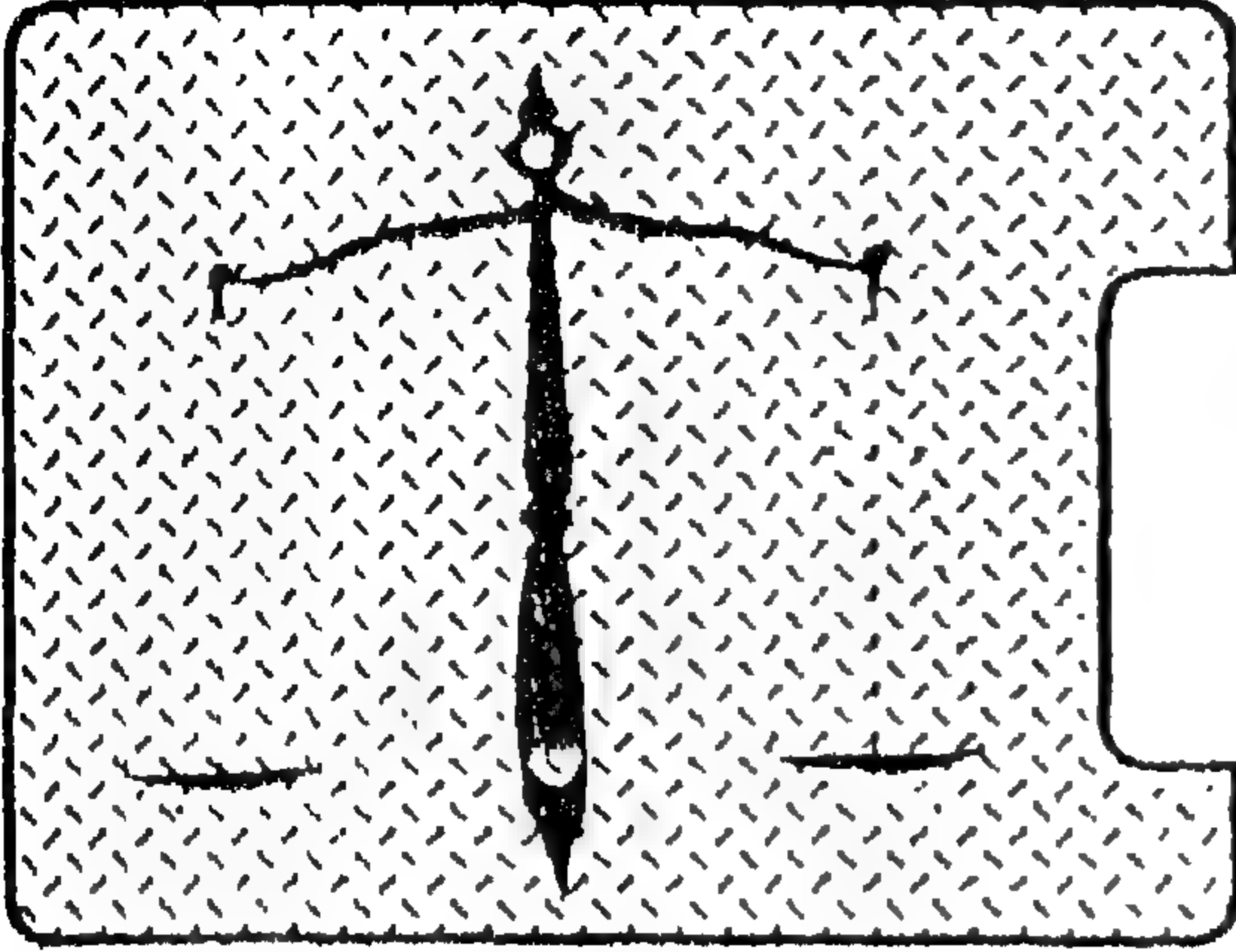
إن المحامين قلب المجتمع النابض ، وسيظلون لسانه المعبر ،
وصوته الناطق ، وستظل نقابة المحامين أقوى قلاع الحرية ،
لأنها تقوم على أكتاف المحامين ، ولا تعمل إلا وفق مشيئتهم
وإرادتهم .

الأستاذ الجليل النقيب

أحمد الخواجه



من قضاء المحاكم



قضاء النقض المدني

(١)

جلسة ١٩٩٠/١/٣

في الشفعة :

شفعة . صورية . بيع . دعوى . عقد .

الأخذ بالشفعة في حالة توالي البيوع . التزام الشفيع باستعمال حقه قبل المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها . مناطه وقوع البيع الأخير قبل تسجيل إعفاء الرغبة . الإدعاء بصورية العقد الثاني لا يمنع من وجوب إختصام المشتري الثاني في الميعاد . المادتان ٩٣٨ ، ١٤٧ من القانون المدني .

(الطعن رقم ١٣٩٦ لسنة ٥١ ق - جلسة ١٩٩٠/١/٣)

مفاد نص المادتين ٩٣٨ ، ٩٤٧ من القانون المدني - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - انه يجب على الشفيع الذي يريد الأخذ بالشفعة في حالة توالي البيوع ان يستعمل حقه قبل المشتري الثاني وبالشروط التي اشترى بها متى ثبت ان البيع قد تم قبل تسجيل اعلان الرغبة في الشفعة إذ لا يسرى في حق الشفيع أي تصرف يصدر من المشتري اذا كان قد تم بعد هذا التاريخ مما مؤداه بمفهوم المخالفة ان الشفيع يحاج بالنصرف الذي يصدر من المشتري قبل تسجيل اعلان رغبته في الشفعة وأن مجرد الادعاء بصورية العقد الثاني سواء في دعوى

الشفعة أو في الدعوى المرفوعة بصحة ونفاذ هذا العقد لا يمنع من وجوب إدخال المشتري الثاني إذ هو صاحب الشأن في نفي الصورية وإثبات جدية عقده . (الطعن رقم ١٣٩٦ لسنة ٥٧ قضائية)

(٢)

جلسة ١٩٩٠/١/٢٤

إيجارات :

(١) نقض «اسباب الطعن» «السبب الجديد» «نظام عام»

الدفع بعدم الاختصاص القيمي . عدم جواز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض منى كان مختلطاً بواقع .

(٢) ايجار «ايجار الاماكن» «عقد الايجار» . عقد «انتهاء العقد» .

التنبيه بالاخلاء لانتهاء مدة العقد . وجوب اشتمال عباراته على مايفيد رغبة موجهة في اعتبار العقد منتهيا في تاريخ مغين دون اشتراط الفاظ معينة . افصاح موجه التنبيه عن السبب في طلب الاخلاء . اثره . وجوب الوقوف في اعمال الاثر المترتب على التنبيه عند هذا السبب طالما لم يتم تغييره . مستوى في ذلك اقامة دعوى الاخلاء امام القضاء المستعجل او القضاء الموضوعي او ان يعقب الدعوى المستعجلة بالدعوى الموضوعية . اعتداد الحكم المطعون

فيه بالتنبيه الموجه الى الطاعن قبل رفع الدعوى المستعجلة . لا خطأ . علة ذلك .

(٣) نقض «اسباب الطعن» السبب المجهل» .

عدم بيان الطاعن مانسبه للحكم المطعون فيه من فساد في الاستدلال واثّر ذلك في قضائه . نعى مجهل غير مقبول .

١ - اذ كان مايثيره الطاعن بشأن الاختصاص - مخالفة الحكم المطعون فيه لقواعد الاختصاص القيمي - على الرغم من تعلقه بالنظام العام عملاً بالمادة ١٠٩ من قانون المرافعات مختلط بواقع لم يسبق طرحه على محكمة الموضوع هو تحقيق مدة عقد الايجار السارية ومداهما وبالتالي تقديراً لمقابل النقدي عنها فانه يكون سبباً جديداً لايجوز اثارته لأول مرة امام محكمة النقض (١) .

٢ - مفاد ما نصت عليه المادة ٥٦٣ من القانون المدني - من انتهاء الايجار المنعقد للفترة المعنية لدفع الاجرة بانقضاء هذه الفترة بناء على طلب احد المتعاقدين اذا هو نبه على المنعقد الآخر بالاخلاء في المواعيد المبينة بالنص - ان التنبيه بالاخلاء هو تصرف قانوني صادر من جانب واحد يتضمن رغبة صاحبه استناداً الى ارادته في اهاء العقد فيجب ان يشتمل على مايفيد - بغير غموض - الافصاح عن هذه الرغبة ولايلزم احتواء التنبيه الموجه من احد طرفي العقد الى الطرف الآخر لاخلاء المكان المؤجر لانتهاء مدته على الفاظ معينة او تحديد السبب الذي حمل موجه التنبيه الى طلب الاخلاء مما مؤداه انه يكفي لتحقيق الاثر المترتب على التنبيه دلالة عبارته في عمومها على القصد منه وهو ابداء الرغبة في اعتبار العقد منتهياً في تاريخ معين اعمالاً للحق المعتمد من العقد او

نص القانون فننحل بذلك الرابطة العفدية التي كانت قائمة وينقضى العقد فلا يبقى من بعد الا بايجاب وقبول جديدين، واذا افصح موجه التنبيه عن السبب الذي صدرت من ارادته في الاخلاء لزم الوقوف في اعمال الاثر المترتب على التنبيه عن هذا السبب دون سواه والنظر في الدعوى على هذا الاساس . ومن ثم فلاينحى ذلك الاثر الا اذا غير بوجه التنبيه السبب الذي صدرت عنه ارادته في طلب الاخلاء ليستوى في ذلك ان يفهم الدعوى بالاخلاء امام القضاء المسعجل او القضاء الموضوعي او يعقب الدعوى المستعجلة بالدعوى الموضوعية واذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر واعتد في خصوص هذه الدعوى بالتنبيه الذي وجه الى الطاعن قبل رفع الدعوى المستعجلة والذي افصح فيه المطعون عليهم عن رغبتهم في اعتبار العقد منتهياً بانقضاء مدته فانه لا يكون قد خالف القانون (٢) .

٣ - اذا اقتصر الطاعن في بيانه على ما نسبه الى الحكم المطعون فيه من فساد في الاستدلال دون بيان اثر ذلك في قضائه فان النعى يكون مجهلاً وغير مقبول .

(الطن رقم ١٧٧٦ لسنة ٥٥ قضائية)

(٣)

جلسة ١٩٩٠/١/٣١

(١) اثبات «اجراءات الاثبات» اثبات الصورية» . ايجار «ايجار الاماكن» اثبات الايجار» محكمة الموضوع» سلطتها في تقدير الادلة» .

تقدير ادلة الصورية . من سلطة محكمة الموضوع . شرطه . مثال في ايجار .

اذا كان لمحكمة الموضوع سلطة تقدير ادلة

(٤)

جلسة ١٩٩٠/٢/٧

(١ ، ٢) ايجار « ايجار الاماكن » الامتداد القانوني لعقد الايجار . محكمة الموضوع مسائل الواقع .

(١) انتقال حقوق المستأجر الى اقاربه حتى الدرجة الثالثة في حالة وفاته او تركه للعين . م ٢١ ق ٢ ، لسنة ١٩٦٩ . شرطه . عدم جواز اعمال الشروط الواردة في عقود الايجار المبرمة قبل العمل بالقانون المذكور والمغايرة لاحكامه . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٩٠/٢/٧)
(٢) استخلاص توافر الاقامة . من مسائل الواقع . استقلال محكمة الموضوع بتقديرها متى اقامت قضاءها على اسباب سائغة . الانقطاع عن الاقامة لسبب عارض . لايقيد انهاءها . علة ذلك .

(الطعن رقم ٥٢ لسنة ٥٥ قضائية - جلسة ١٩٩٠/٢/٧)
١ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - (١)
أن النص في المادة ١/٢١ من القانون رقم ٥٢ لسنة ٦٩ بشأن ايجار الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجرين والمستأجرين - المنطبق على واقعة الدعوى - قد اطلق القول في حدود انتقال حقوق المستأجر الى سائر الاقارب حتى الدرجة الثالثة من غير زوجة واولاده او والديه بشرط اقامتهم معه بصفة مستقرة مدة سنة على الاقل سابقة على الوفاة او الترك او مدة شغله المسكن ايهما اقل وبالتالي فلايصح اعمال مايكون واردا في عقود الايجار المبرمة قبل العمل بهذا القانون من شروط مغايرة لاحكامه اذ في ذلك خروج على ماعتبره القانون من الاحكام المتعلقة بالنظام العام .

٢ - استخلاص توافر الاقامة من مسائل

الصورية الا ان ذلك مشروط بان يكون استخلاصها سائغا ومطابقا للثابت بالاوراق . لما كان ذلك ، وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه انه اقام قضاءه بنفاذ عقود الايجار الصادرة من المطعون عليه السادس للمطعون عليهم الاول والثاني والرابع والايجار الصادر من المطعون عليه الخامس - مجلس مدينة اسوان - للمطعون عليه الثالث في حق باقي ملاك العقار وهم الطاعن والمطعون عليهم من السابعة للاخيرة على ما استخلصه من توافر الوكالة الضمنية عن ملاك العقار مستدلا على ذلك بعدم اعتراضهم على هذا التأجير وقيام المطعون عليه الثالث بسداد اجرة العين التي يشغلها مجلس مدينة اسوان خصما من مستحقات على ملاك العقار ، كما استدل على نص صورية عقود الايجار الصادرة من المطعون عليه السادس بما قرره من ان الاوراق خلت من دليل على تلك الصورية وكان هذا الذي خلص اليه الحكم في نفى الصورية لايواجه دفاع الطاعن اذ اغفل دلالة ما استدلوا به تأييدا لدفاعهم بالصورية من اقرار المطعون عليهم الاول والثاني والرابع بصحيفة ادخال مجلس مدينة اسوان - المطعون عليه الخامس - خصما في الدعوى والمعلنة في (...) من انهم يستأجرون الوحدات المنتجة التي يشغلونها من مجلس مدينة اسوان وكان مجرد سداد المطعون عليه الثالث لاجرة الوحدة السكنية التي يشغلها الى مجلس المدينة خصما مما هو مستحق على ملاك العقار لايدل بذلك على ان هؤلاء الملاك قد اقرؤا هذا التأجير فان الحكم يكون مشوبا بالقصور والفساد في الاستدلال .

(الطعن رقم ٩٢٩ لسنة ٥٤ قضائية)

الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع
بغير معقب عليها من محكمة النقض متى اقامت
قضاءها على اسباب سائغة بما لا يحول دون
توافرها انقطاع الشخص عن الإقامة بالعين
لسبب عارض طالما انه لا يكشف عن انه انهي
هذه الإقامة .

(الطعن رقم ٥٣ لسنة ٥٥ قضائية)

(٥)

جلسة ١٩٩٠/٢/٢١

إيجارات :

(١) حكم : بيانات الحكم . بطلان . بطلان
الأحكام .

الحكم . وجوب أن يكون دالاً بذاته على
استكمال شروط صحته . إغفال الحكم المطعون
فيه بيان أساء الطاعنين إغفالاً تاماً في ديباجته
بغد تعجيل الخصومة من الإنقطاع أثره . بطلان
الحكم . م ١٧٨ مرافعات .

(٢) قانون : سريان القانون ، إيجار
إيجار الأماكن .

قوانين إيجار الأماكن . سريان أحكامها على
الأماكن وأجزائها المعدة بها .

حكم «حجية الحكم» . قوة الأمر المقضى .

حجية الحكم . اقتصارها على ما فصل فيه
بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية حتمية .
مالم تنظر فيه المحكمة بالفعل ، لا يحوز قوة
الأمر المقضى .

١ - إذا أوجبت المادة ١٧٨ من قانون
المرافعات - وعلى ما جرى به قضاء هذه
المحكمة أن يتضمن الحكم ببيان أسماء الخصوم

والقابهم وصفاتهم قد قصدت بذلك التعريف
بأشخاص وصفات من تتردد بينهم الخصومة في
الدعوى التي صدر فيها الحكم تعريفاً نافياً
للجهالة أو اللبس حتى لا يكتنف الغموض شخص
المحكوم له أو المحكوم عليه وإذ رتب هذه المادة
البطلان على « النقص أو الخطأ الجسيم في
أسماء الخصوم وصفاتهم » إنما عنت النقص أو
الخطأ الذي يترتب عليها التجهيل بالخصم أو
اللبس في التعريف بشخصه أو إلى تغيير شخص
الخصم بآخر لا شأن له بالخصومة في الدعوى
وكان لا يغنى عن هذا البيان إمكان معرفة اسم
الخصم من ورقة أخرى من أوراق الدعوى ولو
كانت رسمية لأن الحكم يجب أن يكون دالاً بذاته
على استكمال شروط صحته بحيث لا يقبل نكمل
ما نقص فيه من البيانات الجوهرية التي يستلزمها
القانون بصحته بأي دليل آخر غير مستمد منه
وكان الثابت في الدعوى أن محكمة الاستئناف
قضت بتاريخ (.....) بانقطاع سير الخصومة
لوفاة مورث الطاعنين - المستأنف - وعجل
الطاعنون الخصومة بأسمائهم ثم صدر الحكم
المطعون فيه مغفلاً في ديباجته ومدوناته أسمائهم
إغفالاً تاماً فإن من شأن ذلك أن يشكك في حقيقة
وضع الطاعنين واتصالهم بالخصومة المرددة
ويكون الحكم قد أغفل بياناً جوهرياً من بياناته
يترتب عليه البطلان .

٢ - إذا كان المشرع - وعلى ما جرى بقضاء
هذه المحكمة أوضح بجلاء في كافة قوانين إيجار
الأماكن المتعاقبة أرقام ١٢١ لسنة ١٩٤٧ ، ٥٢
لسنة ١٩٦٩ ، ٤٩ لسنة ١٩٧٧ أن أحكامها
تسرى على الأماكن وأجزاء الأماكن على
اختلاف أنواعها المعدة للسكنى أو لغير ذلك من
الأغراض وذلك في عواصم المحافظات والبلاد

ويمنحه الحائز لا يشوب تلك الحيازة التي تظل هادئة رغم ذلك . وأن مجرد المنازعة القضائية لا ينفي قانوناً صفة الهدوء عن الحيازة وإن خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر وجرى في قضائه على أن صفة الهدوء الواجب بوافرها لاكتساب الملكية بالتقادم قد زالت عنه الحيازة لمجرد أن المطعون عليه الأول استصدر حكماً ضد المطعون عليه الثاني بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له منه ورتب على ذلك انقطاع مدة التقادم الساري لصالح الطاعنة فإنه يكون قد خالف القانون .

(الطعن رقم ٤٦٦ لسنة ٥٦ قضائية)

(٧)

إيجارات :

(١) دعوى اعتبار الدعوى كأن لم تكن . استئناف « اعتبار الاستئناف » كأن لم يكن . محكمة الموضوع « سلطتها في تقدير الأدلة » .

إعتبار الدعوى أو الاستئناف كأن لم تكن . المادتان ٧٠ ، ٢٤٠ مرافعات . مناطه . أن يكون ذلك راجعاً إلى فعل المدعى أو المستأنف ولو كان نتيجة خطئه أو إهماله بسبب البيانات غير الصحيحة التي يضمنها صحيفة دعواه أو استئنافه . توقيع ذلك الجزاء . جوازي للمحكمة ولو توافرت شروطه استقلالها بتقدير سببه منى كان استخلاصها سائغاً .

١ - النص في المادتين ٧٠ ، ٢٤٠ من قانون المرافعات يدل على أن مناط توقيع الجزاء باعتبار الدعوى أو الاستئناف كأن لم يكن - إذا ما تمسك صاحب المصلحة بذلك - أن يكون عدم إتمام الإعلان بالصحيفة في الميعاد المقرر راجعاً

المعتبرة مدناً وغيرها من الجهات التي يصدر بها قرار من الجهة المختصة .

٣ - حجية الحكم - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لا تكون إلا فيما فصل فيه بين الخصوم بصفة صريحة أو ضمنية حتمية سواء في المنطوق أو في الأسباب التي لا يقوم المنطوق بدونها ، ومالم تنظر فيه المحكمة بالفعل لا يمكن أن يكون موضوعاً لحكم يحوز قوة الأمر المقضي .

(الطعن رقم ٣٢٩ لسنة ٥٥ قضائية)

(٦)

جلسة ١٩٨٩/١/١١

تقادم - ملكية :

ملكية . أسباب كسب الملكية : التقادم المكسب . تقادم « التقادم المكسب » حيازة عناصر الحيازة : الهدوء .

الحيازة الهادئة . مقصودها . ألا تقترن بإكراه من جانب الحائز وقت بدئها . التعدي الواقع أثناء الحيازة التي بدأت هادئة ومنع الحائز له . لا يشوبها . مؤدى ذلك . المنازعة القضائية لا تنفي صفة الهدوء عن الحيازة . استصدار المطعون عليه الأول حكماً ضد المطعون عليه الثاني بصحة ونفاذ عقد البيع الصادر له منه . لا يزيل صفة الهدوء ولا يقطع التقادم الساري لصالح الطاعنة .

المقصود بالحيازة الهادئة التي تؤدي إلى التملك بالتقادم ألا تقترن هذه الحيازة بالإكراه من جانب الحائز وقت بدئها فمتى بدأ الحائز وضع يده هادئاً فإن النعدي الذي يقع أثناء الحيازة

إلى فعل المدعى أو المستأنف ولو كانت نسجة خطأ أو إهمال من جانبه بسبب البيانات غير الصحيحة النى يضمنها صحيفة دعواه أو استئنافه وتوقيع ذلك الجزاء أمر جوازى للمحكمة مبروك لمطلق تقديرها فلها رغم توافر الشروط ألا يحكم به إذا ما قدرت أن هناك عذراً أدى إلى عدم إمام الإعلان بالصحيفة فى الميعاد ، فإذا ما استجابت للدفع المبدى من الخصم صاحب المصلحة فإنه لا يجوز تعيب الحكم لاستعمال المحكمة سلطتها التقديرية فى توقيع الجزاء طالما أنها استخلصت من الأوراق أن تقصير المدعى أو المستأنف هو الذى أدى إلى عدم إعلان الصحيفة فى الميعاد المحدد متى كان هذا الإستخلاص سائغاً له سنده الصحيح فى الأوراق .

(الطعن رقم ٢٠٢٩ لسنة ٥٢ قضائية)

(٨)

جلسة ١٩٨٩/٥/٣١

إخلاء :

(٢ ، ١) « إيجار الأماكن ، الإخلاء للعدم . حكم إصدار الحكم » .

١ - دعوى إخلاء العقار بعد صيرورة قرار ازالته نهائياً أو لصدور حكم نهائى بتأييده . عدم وجوب إلحاق مهندس بتشكيل المحكمة .

٢ - دعوى الإخلاء للهدم بعد صيرورة قرار لجنة المنشآت الآيلة للسقوط نهائياً . عدم اتباع نطاقها لبحث ما يثيره ذوو الشأن من نزاع بخصوص بطلان القرار أو سلامة العقار .

١ - لئن كان المقرر - فى قضاء هذه المحكمة - وجوب أن يلحق بتشكيل المحكمة الابتدائية مهندس معمارى أو مدنى عند نظر الطعن فى قرارات اللجنة المختصة بالمنشآت

الآيلة للسقوط وفقاً لنص المادتين ١٨ ، ٥٩ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بشأن إيجار الأماكن إلا أن مناط ذلك أن تكون الدعوى مرفوعة من أحد ذوى الشأن بالطعن على القرار الصادر بالإزالة أو الترميم بنية تعديله أو إلغائه ، أما الدعوى بطلب إخلاء العقار لهدمه بعد صيرورة القرار الصادر من اللجنة المختصة بإزالته نهائياً لعدم الطعن عليه فى الميعاد أو لصدور حكم نهائى بتأييده فإن المحكمة الابتدائية بتشكيلها العادى تكون هى المنوط بها نظر هذا الطلب دون أن يلحق بتشكيلها أحد المهندسين .

٢ - قانون إيجار الأماكن رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ بعد أن بين فى الفصل الثانى من الباب الثانى منه الإجراءات الواجب اتباعها بشأن المنشآت الآيلة للسقوط والترميم والصيانة جعل لذوى الشأن الحق فى الطعن على القرار الصادر من اللجنة المختصة فى هذا الخصوص فى موعد لا يجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانهم به ، ما مفاده ولازمه أنه متى أصبح هذا القرار نهائياً بعدم الطعن عليه فى الميعاد فإنه يمتنع بحث أسباب ما يكون قد شابه من عوار ولا سبيل لإلغائه أو تعديله بدعوى بطلانه أو سلامة العقار بما يحول دون ترميمه أو إزالته ، ولا باتساع نطاق دعوى الإخلاء للهدم الكلى لبحث ما قد يثيره ذوو الشأن فى هذا الخصوص بعد أن أصبح قرار اللجنة المختصة نهائياً واجب النفاذ .

(الطعن رقم ٧٦٧ لسنة ٥٢ قضائية)

(٩)

جلسة ١٩٨٩/١٢/٥

شفعة :

(١) بيع . صورية . محكمة الموضوع

«سلطتها» في تقدير الدليل» . شفعة .

تقدير أدلة الصورية والقرائن التي تقوم عليها . مما يستقل به قاضي الموضوع متى كان تقديره سائغا وله أصل ثابت بالأوراق .

(مثال بشأن صورية عقد البيع الثاني في الشفعة) .

(٢) بيع . صورية . شفعة . دعوى «المصلحة في الدعوى» .

بيع مشتري العقار المشفوع فيه الى مشتري ثان . سريانه في حق الشفيع . شرطه . الا يكون البيع الثاني صوريا . اثبات الشفيع في مواجهة المشتري الثاني صورية عقده . مؤداه . الاعتداد بالبيع الأول وحده دون الثاني في الشفعة . أثره . عدم قبول الطعن على اجراءات الشفعة من المشتري الثاني علة ذلك . انعدام مصلحته القانونية في الطعن عليها .

١ - لما كان من المقرر في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير أدلة الصورية والقرائن التي تقوم عليها هو ما يستقل به قاضي الموضوع متى كان هذا التقدير سائغا وله أصل ثابت بالأوراق ، وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه التفت عن اقوال شهود الطرفين لعدم الاطمئنان اليها واقام قضاءه بصورية البيع الثاني على انه صدر من شقيقه الى شقيقها وأنها اتخذت اجراءات تسجيل صحيفة دعوى صحة البيع الاول المشفوع فيه بعد ان ابرمت البيع الثاني ، مكان هذا الذي اقام الحكم قضاءه عليه سائغا ومن شأنه أن يؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها فإن النعي عليه بهذا السبب يكون غير مقبول .

٢ - لما كان مناط التزام الشفيع بتوجيه طالب الشفعة الى المشتري الثاني : الشروط التي

اشترى بها - حتى يجوز له الأخذ بالشفعة وفقاً لنص المادة ٩٣٨ من القانون المدني - ألا يكون البيع الثاني صورياً ، فإذا ادعى الشفيع في مواجهة المشتري الثاني صورية عقد هذا المشتري ، وأفلح في إثبات هذه الصورية ، اعتبر البيع الثاني غير موجود قانوناً ، وكان البيع الأول هو وحده الذي يعتد به في الشفعة ، ولا يقبل من المشتري الثاني الطعن على اجراءات الشفعة في هذا البيع لانعدام مصلحته القانونية في الطعن عليها ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه - وعلى ما سلف الرد على السبب السابق - قد انتهى الى صورية البيع الثاني بصورة مطلقة بما يعتبر سمعة هذا البيع غير موجود قانوناً فلا يقبل من الطاعن - وهو المشتري بهذا البيع الصوري - أن يتمسك بما أثاره بهذا السبب من أسباب الطعن .

(الطعن رقم ٧٧٨ لسنة ٥٧ قضائية)

(١٠)

جلسة ١٩٨٩/١٢/١٣

إيجارات :

إيجار ، إيجار الأماكن ، الإمتداد القانوني لعقد الإيجار .

امتداد عقد الإيجار لأقارب المستأجر حتى الدرجة الثالثة حال وفاته أو تركه العين المؤجرة شرطه الإقامة المستقرة معه مدة سنة سابقة على الوفاة أو الترك أو مدة شغله لها أيهما أقل . م ١/٢٩ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ .

مؤدى نص المادة ١/٢٩ من القانون رقم ٤٩

لسنة ١٩٧٧ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة . أن المشرع استحدث في المادة المشار إليها حكماً يقضى باستمرار عقد الإيجار وامتداده في حالة وفاة المستأجر أو تركه للعين المؤجرة لصالح أقاربه إلى الدرجة الثالثة إذا أثبت إقامتهم مع المستأجر بالعين المؤجرة إقصة مستقرة لمدة سنة على الأقل سابقة على الوفاة أو الترك أو مدة شغله للسكن أيهما أقل .

(الطعن رقم ٥٩٨ لسنة ٥٢ قضائية)

(١١)

جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٠

إيجارات :

(١) إعلان « بطلان الإعلان » : بطلان .

بطلان أوراق التكليف بالحضور لعييب في الإعلان . نسبي . وجود التمسك به ممن تقرر لمصلحته قبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه فيه ، سواء كان التعرض للموضوع أمام المحكمة التي رفعت أمامها الدعوى أو المحكمة المختصة التي أحييت إليها . علة ذلك :

(٢) محكمة الموضوع « سلطتها في تقدير الأدلة » .

تقدير الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوى واستخلاص الواقع منها من سلطة محكمة الموضوع . متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

١ - بطلان أوراق التكليف بالحضور لعييب في الإعلان بطلان نسبي وقرر لمصلحة من

شرع لحمايته وليس متعلقاً بالنظام العام وبالتالي فإنه يجب على الخصم الذي تقرر البطلان لمصلحته أن يتمسك به قبل التعرض للموضوع وإلا سقط حقه في إيدائه عملاً بنص المادة ١٠٨ من قانون المرافعات يستوي في ذلك أن يكون التعرض للموضوع قد تم أمام المحكمة المرفوع أمامها الدعوى أو المحكمة المختصة المحال إليها الدعوى وذلك لاتصال الخصومة أمام محكمة أول درجة في الحالتين واتخاذ علة السقوط فيها في هذه الحالة .

٢ - المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تقدير الأدلة والمستندات المقدمة في الدعوى واستخلاص الواقع منها هو مما تستقل به محكمة الموضوع متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

(الطعن رقم ٥٥٠ لسنة ٥٤ قضائية)

(١٢)

جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٦

تكييف الدعوى :

دعوى «تكييف الدعوى» . حكم «عيوب التذليل : الخطأ في القانون «مايعد قصوراً» .

التزام محكمة الموضوع بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها القانوني الصحيح دون التقيد بتكييف المدعى الخاطئ لها . طلب الطاعن الحكم ببطلان عقدي بيع ملك الغير والصالح الذي موضوعها أرضاً مملوكة للدولة تدخل في حوزته . تكييفها الصحيح . دعوى بعدم سريان العقدين في حقه . القضاء برفض

الدعوى تأسيساً على مجرد القول بنسبية أثر العقد . خطأً في القانون وقصور .

لما كان من المقرر - في قضاء هذه المحكمة - أن تكييف المدعى دعواه تكييفاً خاطئاً لا ينطبق على واقعها التي ذكرها في صحيفةها لا يقيد محكمة الموضوع التي تلتزم بإعطاء الدعوى وصفها الحق وتكييفها الصحيح وكان البين من أوراق الدعوى أنها أقيمت في حقيقتها بطلب الحكم بعدم سريان عقدي البيع والصلح موضوع الدعوى .. في حق الطاعن تأسيساً على أن الأرض المبيعة بالعقد المؤرخ .. مملوكة للدولة ومخصصة للنفع العام وفي حوزة الطاعن وليست ملكاً للبائع فتمسك الأخير بتملكه لها مما مفاده أن النزاع القائم في الدعوى والذي تفاضل فيه الخصوم دفعا وردا يتعلق بملكية الأرض موضوع النزاع ، واذ أقام الحكم المطعون فيه قضاءه على مجرد القول بنسبية آثار العقود فإنه يكون قد أخطأ في تكييف الدعوى وخرج بها عن نطاقها المطروح بما حجبته عن تحقيق دفاع الطرفين حول تلك الملكية . مما قد يتغير به وجه الرأي في الدعوى وأخطأ بذلك في تطبيق القانون وشابه قصور في التسبيب .

(الطعن رقم ٢٩١٨ لسنة ٥٧ قضائية)

(١٣)

جلسة ١٩٨٩/١٢/٢٧

إيجارات :

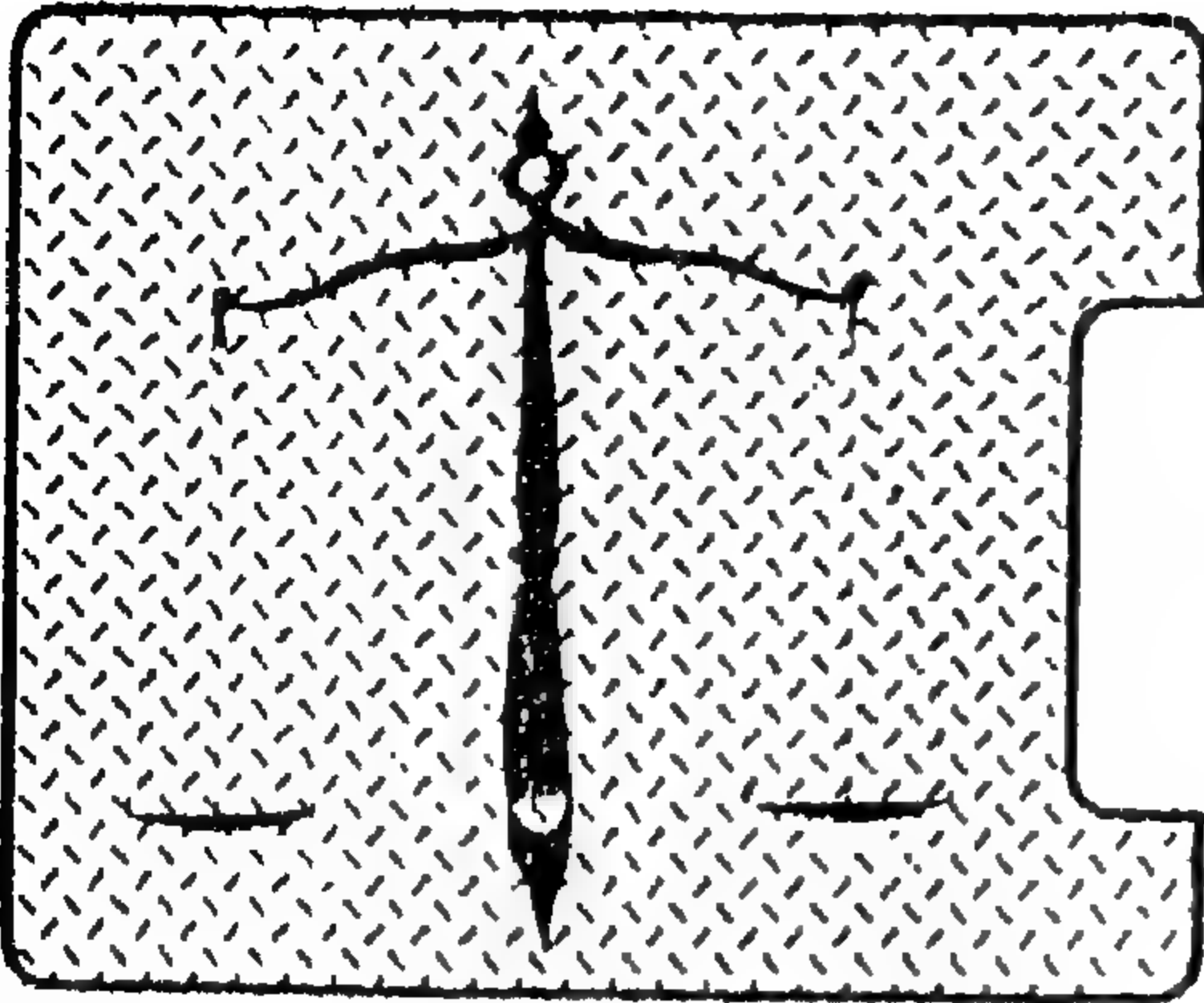
إيجار «إيجار الأماكن» «تقدير الأجرة» .
«الطعن في الحكم» «الاحكام غير الجائز الطعن فيها» . نقض «حالات الطعن» .

الاحكام الصادرة من محاكم الاستئناف في

المنازعات المتعلقة بتحديد القيمة الايجارية .
عدم جواز الطعن عليها بأى وجه من اوجه الطعن . المادتان ١٨ ، ٢٠ ق ٤٩ لسنة ١٩٧٧ . اقامة الطعن قبل العمل بالقانون ١٣٦ لسنة ١٩٨١ . اثره . عدم خضوعه لحكم المادة الخامسة منه . علة ذلك .

مؤدى نص المادتين ١٨ ، ٢٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ في شأن تأجير وبيع الاماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة ان المشرع ارتأى لمصلحة قدرها الاكتفاء في المنازعة في تحديد القيمة الايجارية بأن تمر بمرحلتى الطعن امام لجنة تقدير الاجرة ثم امام المحكمة الابتدائية ولم يروجها للطعن في الحكم الذى تصدره هذه المحكمة بالاستئناف الا لخطأ في تطبيق القانون واعتبر الحكم الذى تصدره محكمة الاستئناف باتاً غير قابل للطعن فيه بأى وجه من اوجه الطعن وكان الطعن قد رفع امام المحكمة الابتدائية ابان سريان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ سالف البيان وقبل تعديله بالقانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ الذى بدأ العمل به فى ١٩٨١/٧/٣١ ونص فى مادته الخامسة بأن لاتسرى على الطعون فى قرارات لجان تحديد الاجرة التى تتم وفقاً للاسس المنصوص عليها فى مواده الاربعة الاولى احكام المادتين ١٨ ، ٢٠ من القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ - مما مفاده سريانها على الطعون فى قرارات لجان تحديد الأجرة التى تتم وفقاً للقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فان الطعن بطريق النقض فى الحكم المطعون فيه يكون غير جائز .

(الطعن رقم ٧٧٩ لسنة ٥٥ قضائية)



من قضاء المحاكم الأخرى

للحكم المستشكل في تنفيذه .

٢ - صورة من تقرير الطعن المقام من المستشكل بصفته في الحكم المستشكل في تنفيذه أمام المحكمة الإدارية العليا .

٣ - صورة من طلب التنازع رقم ٧ لسنة ٩ دستورية عليا وشهادة بعدم الفصل فيه .

وحيث دفع المستشكل ضده بعدم اختصاص المحكمة ولائياً بنظر الإشكال بالقول بأن الحكم المستشكل في تنفيذه صادر من جهة القضاء الإداري ومن ثم ينعقد الاختصاص بطلب تنفيذه أو وقف تنفيذه لمجلس الدولة وحده .

وحيث أن الواقع أن دفاع المستشكل بصفته بالجلسات ومذكرة دفاعه انقسم إلى شقين ... قال في شرح أولهما أن المستشكل ضده أقام إشكاله أمام محكمة القضاء الإداري فبادر المستشكل بصفته بطلب إلى المحكمة الدستورية العليا بتعيين جهة القضاء العادي « قاضي التنفيذ » كجهة مختصة بنظر الإشكال حتى تقول المحكمة الدستورية كلمتها بشأن تحديد الجهة المختصة مع النمساك بالأثر الموقوف للتنفيذ المترتب عليه رفع الإشكال وانصب الشق الثاني من دفاع المستشكل بصفته على القول باختصاص هذه المحكمة بنظر الإشكال وطلب وقف تنفيذ الحكم المستشكل في

(١)

١٩٨٧/٨/٢٩

المحكمة :

بعد الإطلاع على الأوراق وسماع المرافعة الشفوية .

حيث أن المستشكل بصفته أقام إشكاله بصحيفة أودعت وأعلنت قانوناً ابتغاء الحكم بقبول الإشكال شكلاً وبوقف تنفيذ الحكم رقم ٣٤٣٣ لسنة ٤١ ق الصادر من دائرة منازعات الأفراد والهيئات بمجلس الدولة لحين الفصل في الطعن المقام أمام المحكمة الإدارية العليا مع الزام المستشكل ضده بالمصاريف .

وذلك على سند من أن الحكم المذكور قضى . بوقف قرار المستشكل بصفته بإعلان نتيجة انتخابات مجلس الشعب الدائرة الأولى - محافظة القليوبية وفي تنفيذه مما يشكل ضرراً بالمصلحة العامة بتعطيل ممارسة المجلس لنشاطه التشريعي ولمخالفته ذلك الحكم للقانون ، فقد أقام إشكاله بطلباته السابقة .

وقد أودعت هيئة قضايا الدولة ثلاث حوافظ مستندات طويت من بين ما طويت على :

١ - صورة ضوئية من الصورة التنفيذية

تنفيذه ... واستند في هذا الخصوص إلى القاعدة التي تقرر اختصاص قاضي التنفيذ ، بنظر منازعات التنفيذ في الأحكام الصادرة من جهة القضاء الإداري إذا كانت تلك الأحكام معدومة ... وأنكر المستشكل بصفته المستشكل فيه وقال أنه يرى أنه معدوم ولا حجية له لصدوره من جهة لا ولاية لها في إصداره ، ذلك أن مجلس الشعب هو الذي - يختص وحده بالنظر في صحة نيابة أعضائه وفقاً لنص المادة ٩٣ من الدستور بالمادة ٢٠ من قانون مجلس الشعب وعلى ذلك فإن ظاهر الأوراق تنبئ بأن الحكم المستشكل في تنفيذه لا حصانة له ومن ثم انتهى المستشكل بصفته إلى اختصاص المحكمة بوقف تنفيذه .

وأشارت الحكومة كذلك إلى ما استقر قضاء من أن قاضي الأمور المستعجلة يختص بالصعوبات التي تعترض تنفيذ الأحكام الصادرة من المحكمة الإدارية العليا إذا كان تنفيذ هذه الأحكام يثير نزاعاً مالياً بحيث لا يمس صميم الحكم ... وعلى هذا المقتضى استطرد دفاع الحكومة إلى القول بأن الأعضاء المطعون على عضويتهم صاروا أعضاء مجلس الشعب بحلفهم اليمين الدستورية يتمتعون بمزايا مالية من مرتبات وبدلات وعلاوات وفي تنفيذ الحكم المستشكل فيه يثير بالتالي منازعات في التنفيذ على أموال الأشخاص الذين اكتسبوا صفة العضوية وهو ما يبرر اختصاص قاض الأمور المستعجلة بوقف تنفيذه .

وبما أن المحكمة قررت النطق بالحكم بجلسة اليوم .

وحيث أن المحكمة تنوه بداءة أنه وعما أثاره المستشكل بصفته من أن الحكم المستشكل في

تنفيذه حكم منعدم لصدوره ممن لا ولاية له في إصداره إذ أن مجلس الشعب هو المختص وحده بالفصل في صحة نيابة أعضائه ... فإن البادي من ظاهر الأوراق أن الحكم المستشكل في تنفيذه لم يتعرض لصحة عضوية أحد النواب ، إنما انصب على قرار إداري لا جدال في صفته الإدارية وفي اختصاص مجلس الدولة بالنظر في صحته أو إلغائه أو تأويله ، وهو قرار وزير الداخلية بإعلان نتيجة الانتخابات ومدى مطابقة هذا القرار لقانون الانتخابات ... ويتضح من الظاهر حسبما سلف أن الحكم صادر من جهة لها ولايتها في إصداره ومن ثم له حجيته ولا يمكن أن يسبغ عليه وصف العدم ... ولا تثريب على هذه المحكمة إن تعرضت لما تقدم من ظاهر الأوراق إذ أنه لبنة أولى في تحديد اختصاصها بنظر الإشكال من عدمه .

وبما أن المقرر من منازعات التنفيذ في الأحكام الصادرة من المحاكم الإدارية تختص بنظرها جهة القضاء الإداري وحدها عدا ما يكون منها متعلقاً بالتنفيذ على مال (مستعجل راتب ص ٨٦٢ وما بعدها) لما كان ذلك وكان المستشكل بصفته يقيم إشكاله ابتغاء وقف تنفيذ رقم ٣٤٣٣ لسنة ٤١ ق ، الصادر من القضاء الإداري ، فإنه وفق الأساس السابق لا تكون هذه المحكمة مختصة ولائياً بنظرها هذا الإشكال ولا ينال مما تقدم ما يلوح به محامي الدولة من أن مقتضى الحكم المستشكل في تنفيذه تحصيل خزانة الدولة براتب العضو ، ومصروفات أخرى لينتهي إلى القول بأن التنفيذ منصب على مال وذلك أن موضوع الحكم المستشكل في تنفيذه لا يتعلق من قريب أو من بعيد بمال ينفذ عليه بالمعنى المحدد قانوناً بشأن تنفيذ الأحكام ، فثمة

(٢)

١٩٩٠ / ٢ / ٨

المحكمة :

بعد سماع المرافعة الشفوية والاطلاع على الأوراق والمداولة .

ومن حيث أن الوقائع - بالقدر الكافى لحمل المنطوق تتحصل فى انه بتاريخ ١٩٨٩/٤/٣ استصدر المدعين فى الدعوى ٧٨٢٥ لسنة ١٩٨٩ م ، ك . ش . القاهرة الامر رقم ١٢٥ لسنة ٨٩ م ، ك . القاهرة والمتضمن توقيع الحجز التحفظى على منقولات الشركة المدعى عليها (المتظلمة فى الدعوى المرتبطة ٨٩/٧٣٥٩ مدنى كلى شمال القاهرة) على سند انهم بداينوها بمبلغ ستة وسبعون الف جنيه بموجب سبعة عشرة شيكا استجقت جميعها دون وفاء .

ونفاذاً لأمر الحجز المذكور أوقع الدائنون حجزاً تحفظياً على منقولات بمصنع الشركة ببليس والمبينة بمحضر الحجز المؤرخ ١٩٨٩/٤/١٣ وكذلك على المنقولات الموضحة بمحضر الحجز عليها المؤرخ فى ١٩٨٩/٤/١٧ وذلك بمقر الشركة بمصر الجديدة .

وبتاريخ ١٩٨٩/٤/٢٠ تقدم الدائنون الحاجزون بطلب للسيد رئيس المحكمة لاستصدار امره بالزام الشركة المحجوز عليها بأن تؤدي لهم المبلغ موضوع التداعى وتثبيت الحجز التحفظى الموقع بتاريخى ١٣ ، ١٧/٤/١٩٨٩ مع الزامهم بالمصاريف والاعتاب وشمول الامر بالنفاذ ، واذ رفض اصدار الامر وتحدد جلسة لنظر الموضوع وقيدت الدعوى برقم ٧٨٢٥ واعلنت قانوناً للشركة المحجوز

فارق بين الحكم والتنفيذ وبين آثار كل منهما ... فلا يوجد مال يراد التنفيذ عليه كما وأنه بإجراء النظرة على الحكم المستشكل فى تنفيذه يبين أنه لا يمكن بأية حال اعتباره سنداً يمكن التنفيذ به على أموال المستشكل بصفته .

وحيث أن المحكمة باعدت بينها وبين اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى فإنه يتعين أن يكون مع القضاء بعدم الاختصاص القضاء بالإحالة .

وبما أن المحكمة أنهت إلى ما تقدم فإنه لا حاجة لها بنظر طلب المستشكل بصفته وقف نظر الإشكال حتى الفصل فى طلب التنازع ذلك أنه وباعتباره طلب مطروح على هذه المحكمة بخجة اختصاصها بنظر الإشكال واستبان أنها غير مختصة فإنها لا يسوغ أن تبدى كلمتها فى طلب الوقف تاركة القول فيه للمحكمة المختصة .

وبما أنه عن المصروفات فإن المحكمة تترك القول فيها للمحكمة المختصة .

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة فى مادة تنفيذ وقتية بعدم اختصاصها ولائياً بنظر الدعوى وبإحالتها إلى مجلس الدولة بهيئة قضاء إدارى وعلى قلم الكتاب تحديد جلسة وإعلان الخصوم بها وأبقت الفصل فى المصروفات .

الغضبة رقم ١٢١٢ لسنة ١٩٨٧ تنفيذ مستعجل القاهرة برئاسة السيد الأستاذ إسماعيل إبراهيم الزبى رئيس المحكمة .

الشخصي ، الا ان هذا المبدأ ، لايتعارض مع علم القاضي بالسوابق القضائية ايا كانت المحكمة المصدرة لها ، اذ انه من صميم عمل القاضي ضرورة الالمام بالمستحدث من الاحكام والهام منها .

لما كان ما تقدم ، وقد صدرت احكام قضائية من القضاء الاداري بمجلس الدولة بتاريخ ١٩٨٧/٤/٢١ بوقف تنفيذ قرار وزير الداخلية باعلان نتيجة انتخابات مجلس الشعب الحالي لمخالفته لاحكام القانون وباجراء التصحيح لاعضائه المنتخبين وفق التفسير السليم للقانون على نحو ما جاء بهذه الاحكام^(١) والتي تأيدت بدورها من المحكمة الادارية العليا . الامر الذي يلقي ظلا حول مدى دستورية القوانين الصادرة من مجلس الشعب المعلن نجاح اعضائه وفق قرار وزير الداخلية المقضى بوقف سريانه لعدم صدورها من مجلس الشعب شكلا وفق احكام الدستور .

فاذا كان ذلك ، وكانت الشركة المحجوز عليها من المخاطبين باحكام القانون ١٩٨٨/١٤٦ في شأن الشركات العاملة في مجال تلقي الاموال لاستثمارها والسمشور بالجريدة الرسمية في ١٩٨٨/٦/٩ ، وتمسكت في دفاعها بنصوص هذا القانون ولائحته التنفيذية ، وكان تطبيق احكام القانون المذكور لازم للفصل في النزاع المائل وقد يغير وجه الرأي فيه ، وكان القانون سالف الذكر قد أقر من مجلس الشعب الحالي غير المشكل وفقا لما جاء باحكام قضائية لها حجيتها ، فانه على ما تقدم وعملا لحق المحكمة المخول لها بنص المادة ٢٩ « أ » من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ فان المحكمة ترى

عليها بذات الطلبات .

كما تظلمت الشركة المحجوز عليها من أمر الحجز آنف البيان طالبة القضاء ببطلانه وذلك بالدعوى رقم ١٩٨٩/٧٣٥٩ .

وحيث ضمننت الدعوى للتظلم للحكم فيهما معا .

وحيث ان الشركة المحجوز عليها طلبت الحكم ببطلان الحجز المتوقع على منقولاتها ورفض الدعوى الدائنين بالزامها بالدين استنادا الى انها من الشركات المخاطبة باحكام القانون ١٩٨٨/١٤٦ في شأن تلقي الاموال والتي لم توفق اوضاعها خلال المدة التي حددها هذا القانون . واعتصمت الشركة بنصوص القانون سالف الذكر ولائحته التنفيذية التي حددت اوضاعا اجرائية - يحرم عليها مخالفتها - سواء فيما اتصل منها بحساب الارباح والخسائر وتحديد مركزها المالي او تغيير المراكز القانونية للمودعين لديها او بميعاد رد اموالهم للقول بأن دين الحاجزين غير حال الاداء وغير معين المقدار .. وازافت الشركة الى ما تقدم قولها ، ان تطبيق احكام قانون تلقي الاموال استتبع صدور قرار النائب العام (ادارة الاموال المتحفظ عليها) رقم ١٤ لسنة ٨٩ المتضمن غل يدها عن ادارة اموالها والتصرف فيها ، وهو ما يحجبها - دون تقصير منها - عن رد المبالغ المستحقة لاصحابها سواء كانوا من المودعين لديها أو من غيرهم .

وبما ان المحكمة قررت النطق بالحكم بجلسة اليوم .

وحيث انه اذا كان من المقرر - تطبيقا لمبدأ حييدة القاضي - انه لا يسوغ التعويل على العلم

وقف الخصومة وإحالة الأوراق إلى المحكمة الدستورية العليا للفصل في دستورية القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ برمته .

وحيث أن المشرع أوجب لقبول الدعاوى الدستورية - على ما نصت عليه المادة ٣٠ من قانون المحكمة الدستورية سالف الذكر - أن يتضمن القرار الصادر بالإحالة إليها البيانات الجوهرية التي تنبئ عن جدية هذه الدعاوى التي تنبئ عن جدية هذه الدعاوى ويتحدد بها موضوعها (٢) .

وتمهد المحكمة ، وهي بصدد استظهار مقومات قبول الدعاوى الدستورية المثارة منها إلى القول بأنه من المقرر أن نصوص الدستور ومبادئه العليا تمثل القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في الدولة ، ولها مقام الصدارة بين قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها باعتبارها أسمى القواعد الآمرة .. فلا يجوز لأي من سلطات الدولة أن تجور على الضوابط والقيود المحددة لها في الدستور ، فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي عهد بها الدستور إلى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها ، بغية الحفاظ على مبادئه وصون أحكامه من الخروج عليها (٣) .

وحيث أن سن القوانين عمل تشريعي تختص به الهيئة التشريعية التي تتمثل في مجلس الشعب طبقاً للمادة ٨٦ من الدستور .. فإذا ما كان المجلس المذكور قد تشكل على غير مقتضى القواعد المقررة في الدستور ، فإن أمر دستورية ما يقره من قوانين يضحى - وبلا مرأى - محلاً للنظر .

ويكفل دستورنا للشعب الاشتراك العملي في إدارة شئون البلاد والإشراف على وضع قوانينها ومراقبة تنفيذها .. ويعبر عن هذا المعنى بالنص في مادته الثالثة بأن الشعب «هو مصدر السلطات ، ويمارس الشعب هذه السيادة ويحميها ... على الوجه المبين في الدستور» .

فإرادة الشعب - التي تتضح أكثر مما تتضح - فيما خولته المادة ٦٢ من الدستور لأفراد من حق الانتخاب والترشيح ... وفقاً لأحكام القانون - هي السلطة العليا التي تتفرع عنها سلطات الدولة التنفيذية والتشريعية والسلطة القضائية . وقد ورد بوثيقة إعلان الدستور القائم : «أن سيادة القانون ليست ضمناً مطلوباً لحرية الفرد فحسب ، ولكنها الأساس الوحيد لمشروعية السلطة ، ويستخلص من هذه العبارة الشاملة .. أن الدستور جعل ... وبصريح النص القانون أساس نظام الدولة ، ومنه وحدة يستمد النظام سند مشروعيتها .

فالسيادة ليست للأشخاص أو الهيئات ولكن للقانون فقط .

ويقرر الدستور مبدأ استقلال القضاء وحصانته لتأكيد معنى «خضوع الدولة» للقانون «كضمان لصون الحريات والحقوق» .

وقد نص في هذا الصدد في المادة ٦٥ منه على أن «تخضع الدولة للقانون واستقلال القضاء وحصانته ضمانان أساسيان لحماية الحقوق والحريات» ..

وفي المادة ١٦٥ على أن «السلطة القضائية مستقلة ، وتتولاها المحاكم على اختلاف أنواعها ودرجاتها ، وتصدر أحكامها وفق القانون» .

السلطة التنفيذية للقانون ، وهو ما يطلق عليه في هذا الخصوص «مبدأ شرعية أعمال الإدارة» .

هذا ومن ناحية أخرى ماثل الدستور القائم أحدث الانظمة الدستورية وارقاها بانحيازه بجلاء الى مبدأ الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، اذ نص في المادة «١٧٥» على ان تتولى المحكمة الدستورية العليا دون غيرها الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .. وذلك على الوجه المبين في القانون «وتطبيقا لذلك نصت المادة (٢٥) من قانون المحكمة الدستورية العليا على ان تختص المحكمة الدستورية دون غيرها بما يأتي :
اولا - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح .. واختصاص المحكمة الدستورية العليا اختصاص عام يشمل كافة الطعون الدستورية على القوانين واللوائح ، سواء تلك التي تقوم على مخالفات شكلية للاوضاع والاجراءات المقررة في الدستور بشأن اقتراح التشريع واقراره واصداره ، او التي تنصب على مخالفة احكام الدستور الموضوعية^(٤) .

واذ تنص المادة «٢٩» من قانون المحكمة الدستورية العليا على مايتأتى :-

أ - اذا تراءى لاحدى المحاكم أو الهيئات ذات الاختصاص القضائي اثناء نظر احدى الدعاوى عدم دستورية نص فى قانون أو لائحة لازم للفصل فى النزاع ، اوقفت الدعوى واحالت الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى المسألة الدستورية .

ب - اذا دفع إحد الخصوم اثناء نظر دعوى أمام احدى المحاكم أو وظاهر مما تقدم ان المشرع الدستوري باقراره مبدأ الرقابة القضائية

وفى المادة ١٦٦ على أن «القضاء مستقلون ، لا سلطان عليهم فى قضائهم لغير القانون ، ولا يجوز لاية سلطة التدخل فى القضايا فى شئون العدالة» .

وفى المادة ٧٣ على ان «رئيس الدولة هو رئيس الجمهورية ، ويسهر على تأكيد سيادة الشعب وعلى احترام الدستور وسيادة القانون» .

والسلطة القضائية وان كانت تستقل عن السلطتين التنفيذية والتشريعية فهى فى ذات الوقت، الرقابة على كل من هاتين السلطتين، بما لها من حق التعقيب على تصرفات السلطة التنفيذية التى تخالف القانون فتقضى بالغائها وبالتعويض عنها ، وبما لها من حق النظر فى القوانين التى تصدرها السلطة التشريعية اذ هى خالفت الدستور .

فمن ناحية نص الدستور فى المادة ٦٨ على ان «التقاضى حق مصون ومكفول للناس ، ولكل مواطن حق اللجوء الى قاضيه الطبيعى ..»

وقرر فى ذات المادة مبدأ حظر النص فى القوانين على تحضين أى عمل او قرار ادارى من رقابة القضاء ، رغبة منه فى توكيد الرقابة القضائية على اعمال السلطة الادارية وخص مجلس الدولة باعتباره هيئة قضائية مستقلة ، بالفصل وحده فى المنازعات الادارية (المادة ١٧٢ من الدستور) .. بل ضمن الدستور تقرير مبدأ تجريم الامتناع عن تنفيذ الاحكام القضائية او تعطيل تنفيذها من جانب الموظفين العموميين المختصين (المادة ٧٢) .

وبذلك اخضع الدستور الادارة التى تباشرها

المختلفة تتقيد بالقانون ، فان الدولة فى سلطتها التشريعية تتقيد فى تشكيلها وما تبشره من أعمال - ومن باب أولى - بالقواعد الدستورية وأخصها وجوب تنفيذ أحكام القضاء .

فان إسقاط الأحكام القضائية امر لا تملكه السلطة التشريعية ممثلة فى مجلس الشعب ، ولا يتصور ان تكون ارادة المشرع الدستورى قد اتجهت اليه اذ ان حدود ولاية السلطة التشريعية حددها الدستور وهى لا تمتد بحال من الأحوال الى اهدار الأحكام القضائية .

اذ كفل الدستور - بنص المادة ١٦ منه - للسلطة القضائية استقلالها فى مواجهة السلطتين التشريعية والتنفيذية وجعل هذا الاستقلال عاصما من التدخل فى أعمالها أو التأثير فى مجرياتها ، باعتبار ان شئون العدالة هى مما تستقل به السلطة القضائية وان عرقلتها أو اعاققتها على أى وجه ، عدوان على ولايتها الدستورية سواء ينقصها أو الانتقاص منها ، ومن ثم تظل لأحكامها - ولو لم تكن نهائية حجيتها^(١) خاصة وان أحكام مجلس الدولة بالالغاء أو بوقف التنفيذ لها حجية مطلقة ، فالجميع افراد وهيئات ، ملزمون باحترام هذه الأحكام وتنفيذها ، باعتبارها عنوانا للحقيقة بحيث لا يجوز قانونا إعادة مناقشة العناصر التى تقوم عليها أو وصفها بالخطأ (الا بالطعن عليها بالطرق المقررة قانونا) توصلنا لعدم تنفيذها أو التخلص من قوتها الالزامية .

واذ جاء بحكم للدوائر المجتمعة لمحكمة القضاء الإدارى ولا يجوز للسلطة التشريعية ان تفرض على القضائية تطبيق تشريع قد يتعارض مع النصوص والمبادئ الدستورية فترغمها

على دستورية القوانين واللوائح - المنوطة بالمحكمة العليا - استهدف اساسا صون الدستور القائم وتأكيد احترامه وحمايته من الخروج على أحكامه ، وسبيل هذه الرقابة التحقيق من التزام سلطة التشريع بما يورده الدستور فى مختلف نصوصه من ضوابط وقيود^(٢) ، مراعاة منه لمبدأ علو الدستور وهو ما لا يتوقف مراعاته على مسلك الخصوم .

يستخلص مما تقدم ان مبدأ سيادة القانون هو الاصل الذى يتفرع عنه الكثير من القواعد الدستورية .. فمبدأ الشرعية القانونية يسود جميع نواحي الدستور الحالى ، وحتى يتاح لهذا المبدأ ان ينتج كل آثاره قرر المشرع الدستورى مبدأ ثانيا يكمله ، وهو ضرورى مثله ، اذ ان الاخلال به ينتهى بمبدأ المشروعى الى العدم . هذا المبدأ يتعلق باستقلال السلطة القضائية ، ولايتأتى استقلال القضاء الا بأمر جوهري - قرره الدستور كذلك - هو وجوب الاعتراف بان الأحكام التى تصدر من الجهات القضائية واجبه الاحترام من المحاكم والمحكوم على السواء ، وعلى جميع الهيئات والافراد ان يلتزموا بموجب احترامها^(٣) .

كما انه واذا كان الدستور قد اعتبر حق التقاضى من الحقوق الاساسية للافراد فان ضمان هذا الحق يتقضى ، فى المقام الاول ، كفالة تنفيذ أحكام المحاكم باعتبارها غاية الحق ومحصلة اللجوء الى القضاء وثمرته .

فتنفيذ أحكام القضاء أمر يستلزمه مبدأ المشروعى ، مما تستوجبه دواعى الاستقرار وحفظ النظام .

وعلى ذلك فانه اذا كانت الدولة فى سلطتها

ترجىء الفصل فى المصروفات .

فلهذه الاسباب

حكمت المحكمة :

بوقف الدعويين ، واحالة الاوراق بغير رسوم الى المحكمة الدستورية العليا للفصل فى مسألة دستورية القانون ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ فى شأن الشركات العاملة فى مجال تلقى الاموال لاستثمارها .

القضية رقم ٧٣٥٩ لسنة ١٩٨٩ كلى شمال القاهرة برئاسة السيد الاستاذ اسماعيل ابراهيم الزياى رئيس المحكمة وعضوية الاساتذة حسين مسلم محمد واحمد محمد نبوس .

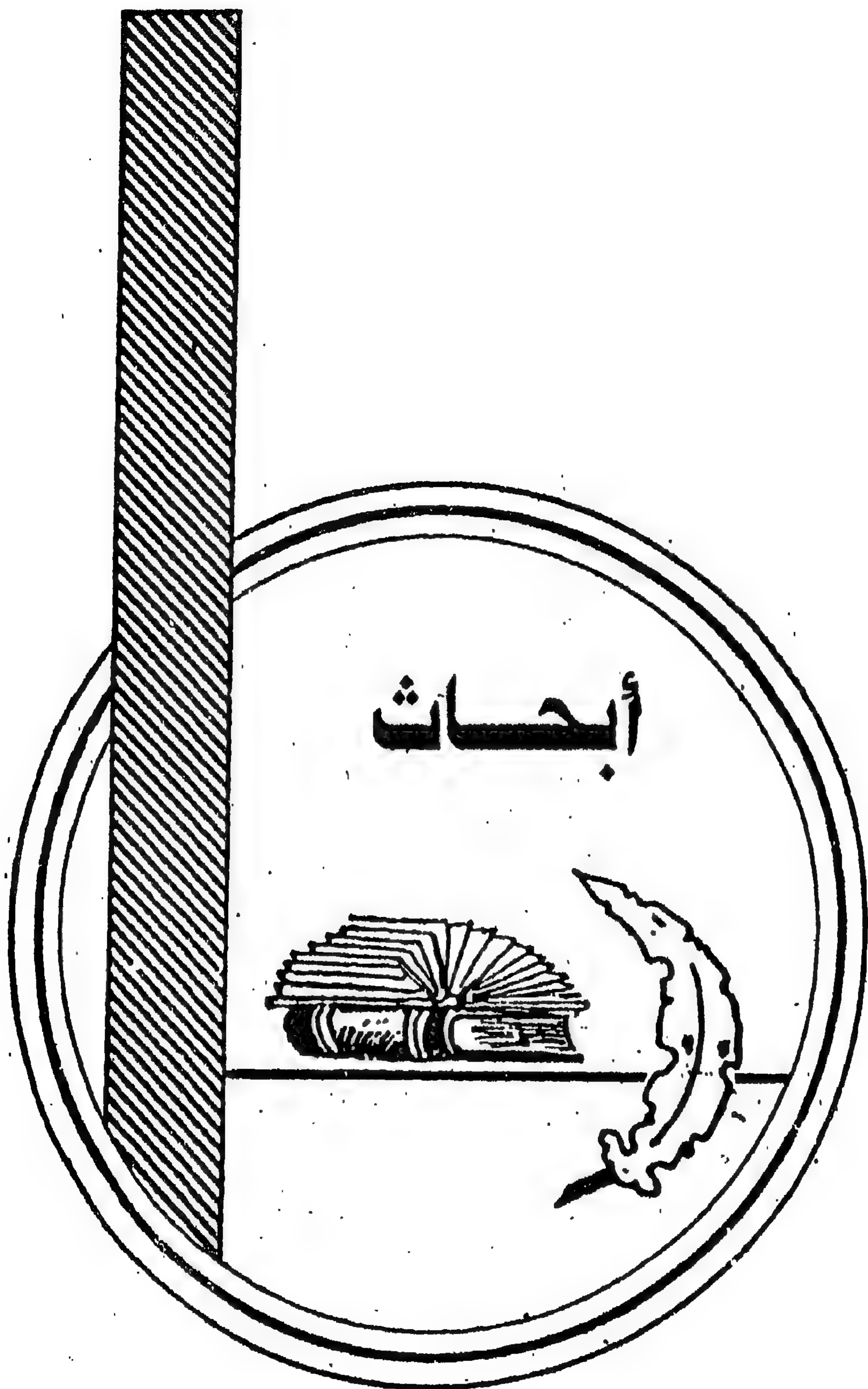
بذلك على مخالفة الدستور ، ومن ثم تفقد السلطة القضائية استقلالها وينقلب خضوعها للدستور خضوعا للسلطة التشريعية وهو ما يتعارض بداهة مع مبدأ فصل السلطات (مجموعة احكام مجلس الدولة السنة السادسة ص ٣١٥) .

وحيث انه لاثيريب على هذه المحكمة ان تعرضت لما تقدم ، اذ انه الاساس فى تحديد نطاق وعناصر خصومة دستورية القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ .

وحيث ان الحكم فى الطلبات الموضوعية فى النزاع المطروح يتوقف على ما يسفر عنه حسم الخصومة الدستورية .. وعلى ذلك فالمحكمة

مواضع

- (١) الحكم رقم ٣٤٣٣ لسنة ٤١ ق الصادر من دائرة منازعات الأفراد والهيئات بمجلس الدولة .
- (٢) القضية رقم ١٦ لسنة ٢ قضائية «دستورية» .
- (٣) القضية رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية «دستورية» .
- (٤) القضية رقم ٩ لسنة ١ قضائية «دستورية» .
- (٥) القضية المنشورة فى الجريدة الرسمية فى ١٦/٤/٨٧ العدد ١٦ .
- (٦) فى هذا المعنى يراجع بحث «مخالفة التشريع للدستور والانحراف فى استعمال السلطة التشريعية» للاستاذ السنهورى معاد نشره فى مجلة القضاء س ١٩ العدد الاول يناير/ يونيو ١٩٨٦ ص ٣٠ .
- (٧) طلب التفسير المفيد بجدول المحكمة الدستورية العليا برقم ٢ لسنة ٥ قضائية «تفسير» الجريدة الرسمية فى ١٤/٤/١٩٨٨ العدد رقم (١٥) .



الرقابة القضائية على سلطة التشريع الاستثنائية لرئيس الجمهورية في غيبة السلطة التشريعية

للمسيد الأستاذ / حسين محمد اليسوي - الخامس

من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس ، زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الإعتراض .

والمستفاد من هذه المادة أن الدستور ، وإن جعل لرئيس الجمهورية اختصاصاً في إصدار قرارات تكون لها قوة القانون في غيبة مجلس الأمة إلا أنه رسم لهذا الاختصاص الاستثنائي حدوداً ضيقة تفرضها طبيعته الاستثنائية ، منها ما يتعلق بشروط ممارسته ومنها ما يتعلق بمآل ما قد يصدر من قرارات استناداً إليه ، فأوجب لإعمال رخصة التشريع الاستثنائية أن يكون مجلس الأمة غائباً وأن تنهياً خلال هذه الغيبة ظروف تتوافر بها حالة تسوغ لرئيس الجمهورية سرعة مواجهتها بتدابير لا تحتل التأخير إلى حين إنعقاد مجلس الأمة

وصون أحكامه من الخروج عليها .

وقد حدد الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة الصادر في ٢٥ مارس ١٩٦٤ السلطات العامة للدولة ونص في مادته السابعة والأربعين على أن « مجلس الأمة هو الهيئة التي تمارس السلطة التشريعية » ، كما نص في مادته التاسعة عشرة بعد المائة على أنه : « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة ، أو فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائماً وفي أول اجتماع له في حالة الحل ، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها

تعتبر نصوص الدساتير هي القواعد والأصول التي يقوم عليها نظام الحكم في أي دولة وهي بهذه الصفة تصدر قواعد النظام العام التي يتعين التزامها ومراعاتها وإهدار ما يخالفها من تشريعات ، وتتخذ تلك القواعد والأصول معياراً لتحديد ما تتولاه السلطات العامة من وظائف أصلية وما تباشره كل منها من أعمال أخرى استثناءً من الأصل العام الذي يقضي بانحصار نشاطها في المجال الذي يتفق وطبيعة وظيفتها ، فإذا أورد الدستور الأعمال الاستثنائية على سبيل الحصر والتحديد فلا يجوز لأي من تلك السلطات أن تتعداها إلى غيرها أو تجاوز الضوابط المحددة لها فيشكل عملها حينئذ مخالفة دستورية تخضع - متى انصبت على قانون أو لائحة - للرقابة القضائية التي يعهد بها الدستور عادة لمحكمة عليا بغية الحفاظ على مبادئه

باعتبار أن تلك الظروف هي مناط الرخصة وعلّة تقريرها ، وإذا كان الدستور يتطلب هذين الشرطين لممارسة ذلك الإختصاص التشريعي الإستثنائي فإن الرقابة الدستورية تمتد إليهما للتحقق من قيامهما باعتبارهما من الضوابط المقررة في الدستور لممارسة ما نص عليه من سلطات ، شأنهما في ذلك شأن الشروط الأخرى التي حددتها المادة ١١٩ ومن بينها ضرورة عرض القرارات الصادرة إستناداً إليها على مجلس الأمة في خلال أجل محدد للنظر في أقرارها .

وإذا كانت المحكمة العليا^(١) قد انتهت - لدى تصديها للفصل في دستورية قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٢٠ لسنة ١٩٦٩ - إلى « أن تقدير حالة الضرورة الملجئة لإصدار قرارات بقوانين عملاً بنص المادة ١١٩ من دستور ١٩٦٤ مرده إلى السلطة التنفيذية تقدره تحت رقابة السلطة التشريعية بحسب الظروف والملابسات القائمة في كل حالة ، فإذا ما عرض القرار بقانون على السلطة التشريعية وأقرته فلا معقب عليها فيما تراه

بشأن حالة الضرورة التي ألجأت السلطة التنفيذية إلى إصداره في غيبة السلطة التشريعية^(٢) ، فليس من شك في أن هذا القضاء محل نظر لأنه أهدر الرقابة القضائية على سلطة التشريع الإستثنائية لرئيس الجمهورية التي يمارسها في غيبة مجلس الأمة إستناداً إلى المادة ١١٩ من الدستور ، بعد أن دمج شروط ممارستها في شرط واحد هو وجوب عرض ما يصدره رئيس الجمهورية من قرارات بقوانين على مجلس الأمة في الموعد المضروب له ، بغير أن يفتن إلى أهم الشروط الأخرى لممارسة تلك السلطة وهو وجوب حدوث ظرف خلال غيبة المجلس يتطلب سرعة مواجهته بتدابير عاجلة ، ولو فطن الحكم إلى هذا الشرط لتغير وجه الرأي في الدعوى .

أما الدستور الدائم لجمهورية مصر العربية الصادر في ٩ سبتمبر ١٩٧١ فقد حدد أيضاً السلطات العامة للدولة ونص في مادته السادسة والثمانين على أن : « يتولى مجلس الشعب سلطة

التشريع » ، كما نص في مادته السابعة والأربعين بعد المائة على أنه : « إذا حدث في غيبة مجلس الشعب ما يوجب الإسراع في إتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ، جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الشعب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها إذا كان المجلس قائماً وتعرض في أول اجتماع له في حالة الحل أو وقف جلساته فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون دون حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، وإذا عرضت ولم يقرها المجلس زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون إلا إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتب على آثارها بوجه أو آخر » .

كما أن الدستور نص في مادته الخامسة والسبعين بعد المائة على أن : « تتولى المحكمة الدستورية العليا - دون غيرها - الرقابة القضائية على دستورية القوانين واللوائح ، وتتولى تفسير النصوص التشريعية

وذلك كله على الوجه المبين في القانون .. ويعين القانون الاختصاصات الأخرى للمحكمة وينظم الإجراءات التي تتبع أمامها .

هذا وقد استمرت المحكمة العليا في مباشرة اختصاصها حتى ألغى قانونها بموجب القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ الذى أنشأ المحكمة الدستورية العليا واختصها - دون غيرها - بالرقابة على دستورية القوانين واللوائح ، وقد انتهت هذه المحكمة - لدى تصديها للفصل فى دستورية قرار رئيس الجمهورية بقانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ - إلى رفض ما أثارته الحكومة من أن تقدير الضرورة الداعية لإصدار القرارات بقوانين عملاً بنص المادة ١٤٧ من الدستور متروك لرئيس

الجمهورية تحت رقابة مجلس الشعب باعتبار ذلك من عناصر السياسة التشريعية التى لا تمتد إليها الرقابة الدستورية ، ذلك أنه وإن كان لرئيس الجمهورية سلطة التشريع الاستثنائية طبقاً للمادة المشار إليها وفق ما تمليه المخاطر المترتبة على قيام ظروف طارئة تستوجب سرعة المواجهة وذلك تحت رقابة مجلس الشعب ، إلا أن ذلك لا يعنى إطلاق هذه السلطة فى إصدار قرارات بقوانين دون التقيد بالحدود والضوابط التى نص عليها الدستور^(٣) ، والتى من بينها اشتراط أن يطرأ - فى غيبة مجلس الشعب - ظرف من شأنه توفر الحالة الداعية لاستعمال رخصة التشريع الاستثنائية .

وهكذا عادت الرقابة

القضائية على سلطة التشريع الاستثنائية لرئيس الجمهورية التى يباشرها أثناء غيبة السلطة التشريعية ، بعد أن كانت المحكمة العليا قد أهدرت تلك الرقابة مستبدلة إياها برقابة السلطة التشريعية ذاتها على النحو السابق عرضه .

ورغم ما انتاب حكمى المحكمة العليا والمحكمة الدستورية العليا المشار إليها فيما سبق من تناقض واضح ، ورغم ما يوحى به ذلك التناقض بين أعلى محكمتين فى مصر ، ودون بحث للظروف والملايسات التى أحاطت بإصدار كل حكم منهما - لأن ذلك يخرج عن موضوع المقال - فلا شك أن ما انتهت إليه المحكمة الدستورية العليا فى حكمها هو التفسير الصحيح لمواد الدستور .

قواميس

- (١) أنشئت بموجب قرار رئيس الجمهورية بالقانون ٨١ لسنة ١٩٦٩ فى ٣١ أغسطس ١٩٦٩ وبدأت عملها فى نوفمبر من نفس العام .
- (٢) راجع من فضلك الحكم الصادر فى الدعوى رقم ١١ لسنة ١ قضائية جلسة أول أبريل ١٩٧٢ .
- (٣) راجع من فضلك الحكم الصادر فى الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ قضائية جلسة ١٩٨٥/٥/٤ .

دور النيابة العامة في مسائل الأحوال الشخصية

للسيد الأستاذ / خالد شهاب - المحامي

إن تشريعات وقوانين الأحوال الشخصية هي من التشريعات التي حازت الكثير من اهتمام الفقهاء والشراح .

هذا فضلاً عن أن الكثير من الكتاب والصحفيين قد تناولوا هذه القوانين بالشرح والتعليق والسبب في ذلك يرجع إلى أهمية الدور الذي تلعبه قوانين الأحوال الشخصية في كل بيت وفي كل مجتمع فهي التي تحكم الحياة الداخلية لكل أسرة ، من واجبات وحقوق لكل أفراد الأسرة سواء أكان زوج أم زوجة أم ابن ، فهذه القوانين والتشريعات لو لم تكن محكمة كخيوط العنكبوت لتفككت الأسرة وبالتالي تفكك المجتمع وانحلت الروابط الأسرية .

وفي موضوعنا هذا لن نسهب في التحدث عن محاسن ومساوىء تشريعات الأحوال الشخصية ، بل سوف نبحث دور النيابة العامة في مسائل الأحوال الشخصية .

والأحوال الشخصية كما عرفت محكمة النقض هي مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثراً قانونياً في حياته الاجتماعية ككونه إنساناً ذكراً أو أنثى وكونه زوجاً أو أرملاً أو مطلقاً أو أباً أو ابناً شرعياً أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر في السن أو بعته أو جنون وكونه مطلق الأهلية أو فقيداً بسبب من أسبابها القانونية .

ونستطيع أن نستكمل لنوضح أن دور النيابة في قضايا الأحوال الشخصية التي لا تختص بها المحاكم الجزئية دوراً أساسياً ، ويترتب على اغفاله بطلان الحكم .. وقد وضح وأكد هذا الدور حكم لمحكمة النقض في الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٨ ق أحوال شخصية بنصها : أصبحت النيابة العامة بعد صدور القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ طرفاً أصلياً في قضايا

الأحوال الشخصية التي لا تختص بها المحاكم الجزئية فيكون لها ما للخصوم من حقوق وما عليهم من واجبات ، فلها أن تبدي الطلبات والدفع وتباشر كافة الإجراءات التي يباشرها الخصوم ولا تسرى عليها قواعد رد أعضاء النيابة ، وهو ما يجوز معه أن يكون عضو النيابة الذي يبدي رأيه أمام محكمة أول درجة هو نفسه الذي يبدي رأيه أمام محكمة الاستئناف .

ولكي نتطرق الى بحث هذا الموضوع وتأسيسه أن نبداً ببحث دور النيابة في الخصومة المدنية .

أولاً - وظيفة النيابة العامة في الخصومة المدنية :

تتمتع النيابة العامة في الخصومة المدنية بدور غير قليل ، وقد جاء النص على ذلك في قانون السلطة القضائية في المادة ٢١ ، حيث

أوضحت فيه الدور المتميز للنيابة العامة في الدعوى المدنية إلى جانب دورها الأساسي في الدعوى العمومية .. إلا أن الفقه لم يترك هذا الدور يمر دون أن يحوز بعض الانتقادات .

« وقد وجهت بعض الانتقادات إلى دور النيابة العامة في الخصومة المدنية ، فقد قيل بأن وجود النيابة إلى جانب القاضي الذي ينظر القضية يعني عدم الثقة في القاضي الذي ينظر القضية ، وهذا يعني عدم الثقة في القضاء وأن للدولة كما للأفراد ممثليها الذين يمكنهم تمثيلها في الخصومة ، كذلك ، فإن لناقصي الأهلية وغيرهم من الأفراد الذين يراد حمايتهم بواسطة النيابة المدنية ممثليهم . فوجود النيابة يخل بمبدأ المساواة أمام القضاء كما قيل إن النيابة العامة المدنية وسيلة في يد السلطة التنفيذية للتدخل في شئون القضاء . وأن نظام النيابة يشغل بعض رجال الهيئة القضائية ، والأولى عملهم كقضاة ، الوسيط في قانون القضاء المدني ، د / فتحي والي .

إلا أن هذا الرأي مردود

عليه ، بأن دور النيابة العامة سواء كان وجوبياً أم إختيارياً ليس إلا استشارياً للقاضي أن يأخذ به أو أن يطرحه جانباً حتى دون الالتفات لرأى النيابة في منطوق حكمه وقد أكدت محكمة النقض على هذا المعنى في عدة أحكام منها :

« خلو الحكم من بيان رأى النيابة لا يترتب عليه بطلانه إلا أن ذلك مشروط بأن تكون النيابة قد أبدت بالفعل وثبت ذلك في الحكم ، نقص ١٧/١١/١٩٧٦ طعن رقم ٢٤ ش ٤٥ ق - هذا مع العلم أن هذا الحكم لا ينفي أهمية دور النيابة .

وقد أكد ذلك نص المادة ٢ من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ مرافعات « يقصد بتدخل النيابة في القضايا المتقدمة وطرحاً أو تمثيلها فيها وتقديم معونتها للقضاء لحماية مراكز قانونية أو مصالح رأى الشارع أنها جديرة بحماية خاصة ، ويتحقق هذا المقصد بحضور ممثل النيابة في الجلسة وتقديم مذكرة برأيه في القضية ويكون تدخل النيابة في أية حالة كانت عليها الدعوى قبل إقفال باب المرافعة

فيها » .

هذا بجانب الدور الهام الذي يمكن أن تؤديه هيئة عامة غير متحيزة للدفاع عن مصالح المجتمع .

والواقع أنه إذا كانت مصالح المجتمع يمكن صيانتها - نظرياً - بواسطة القاضي إلا أن هناك مبدءاً في الخصومة يحول دون قيام القاضي بهذا الدور فالخصومة المدنية لا تبدأ إلا بطلب ولهذا ، فإن القاضي لا يستطيع بدءها وإن لزمته حمايته مصلحة للمجتمع . ومن ناحية أخرى لا يتصور أن يقوم القاضي من تلقاء نفسه إعادة النظر في حكم قضائي مخالف للقانون بغير طعن فيه .

ولا يمكن القول بترك الأمر إلى أصحاب الرابطة القانونية الموضوعية محل الخصومة وذلك أنه توجد روابط رغم أنها من القانون الخاص تفوق المصلحة العامة ، في تطبيق القانون عليها المصلحة العادية . الوسيط في شرح قانون القضاء المدني ، د / فتحي والي .

ثانيًا - الشكل القانوني لتدخل النيابة :

كيف تتدخل النيابة في الدعوى ؟ يفترض أن هناك خصومة قائمة بين أطرافها ، فتدخل النيابة العامة في هذه الخصومة بناء على إخطار قلم الكتاب لها ، ويكون الهدف من هذا التدخل هو ضمان تطبيق القانون على النحو الذي يكفل تحقيق مصلحة المجتمع ، وهو تدخل يعاون القاضي على تحقيق هذه المصلحة ، وقد جرى الفقه على تسمية النيابة في هذا التدخل بالطرف المنضم !!!

وهي تسمية معيبة ، فمن ناحية ، هي ليست طرفاً لأن الطرف يسعى دائماً ولو كان منضمّاً للدفاع عن مصلحة ذاتية في حين أن النيابة العامة تسعى بتدخلها إلى تطبيق القانون ، ومن ناحية أخرى هي ليست منضمة لأنها لا تنضم للمدعى أو المدعى عليه إذ قد يكون تطبيق القانون غير متفق مع المصلحة التي يدافع عنها أيهما ، ولهذا فهي لا تعتبر بتدخلها طرفاً وإنما هي ممثلة للمصلحة العامة في خصومة بين آخرين ، وعلى هذا الأساس تتعدد سلطاتها

وهي سلطات تختلف عن سلطات طرفي الخصومة . الوسيط في شرح قانون المرافعات د / فتحى والى .

ثالثًا - أنواع تدخل النيابة في الدعوى :

تدخل النيابة في الدعوى العمومية نوعان ، إما تدخل وجوبى وتدخل اختياري .

ففي حالة التدخل الوجوبى إذا لم تتدخل النيابة العامة فإن الحكم الصادر في الدعوى يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لأنه متعلق بالنظام العام ويجوز أن يثار لأول مرة أمام محكمة النقض ويجب أن تحكم به المحكمة من تلقاء نفسها - وقد برهنت على ذلك أحكام محكمة النقض وفي حكم حديث نميباً لمحكمة النقض :

« إذا كان الثابت أن النيابة العامة لم تتدخل في الدعوى الماثلة لابتداء الرأى فيها حتى صدر الحكم المطعون فيه ، فإن هذا الحكم يكون باطلاً وإذا يتعلق هذا البطلان بالنظام العام فإن لمحكمة النقض أن تقضى به من تلقاء نفسها وعلى الرغم من عدم التمسك به في صحيفة الطعن عملاً بالمخول لها في المادة ٢٥٣ / ٢ من قانون

المرافعات ، .
نقض ١٩٧٧/١١/٣٠ طعن
رقم ٣٥٩ س ٤٤ .

وفي التدخل الوجوبى لا يعفى تدخل النيابة أمام محكمة أول درجة من تدخلها أمام المحكمة الاستئنافية . بل يجب تدخل النيابة في جميع درجات التقاضى وإبداء رأيا طالما أن الدعوى كانت من الدعاوى التى يجب على النيابة التدخل فيها .

ولا يشترط لتدخل النيابة في الدعوى أن تكون من الدعاوى التى يجب تدخل النيابة فيها بل يجب تدخلها إذا أثبتت في هذه الدعوى إحدى المسائل الفرعية أو العارضة التى يجب تدخل النيابة فيها .

فمثلاً إذا كانت هناك دعوى قسمة وهي من الدعاوى الجزئية المدنية وأثيرت فيها إحدى مسائل الأحوال الشخصية التى يجب تدخل النيابة فيها فهذا لا يعفى النيابة من دورها فى إبداء رأيا فى هذه المسألة العارضة وإلا أصبح الحكم باطلاً بطلاناً متعلقاً بالنظام العام ، وقد جاء تأكيداً لهذا المعنى حكم المادة الرابعة من قانون المرافعات رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ :

« يوجب قانون المرافعات على كاتب المحكمة بمجرد قيد الدعوى أن يخطر بها النيابة إذا كانت من الدعاوى التي يجب عليها أو يجوز لها أن تتدخل فيها فإذا عرضت أثناء نظر الدعوى مسألة شخصية مما تتدخل فيها النيابة فيكون إخطارها بناء على أمر من المحكمة » .

رابعاً - تنظيم تدخل النيابة في قضايا الأحوال الشخصية :

وضع قانون المرافعات رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ تنظيم كيفية تدخل النيابة في قضايا الأحوال الشخصية وقد جاء نصه في المادة الأولى على :
« أجاز القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ للنيابة العامة أن تتدخل أمام المحاكم الجزئية في قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بنظرها بمقتضى القانون رقم ٤٦٣ لسنة ١٩٥٥ . وتعتبر في هذه الحالة طرفاً منضماً وتسرى في شأنها أحكام المادة ٩٥ مرافعات كما أوجب أن تتدخل أمام المحاكم الابتدائية في جميع قضايا الأحوال الشخصية التي تختص بالحكم فيها سواء أكانت منعقدة بهيئة

ابتدائية أم بهيئة استئنافية ، وكذلك قضايا الوقف التي تنظرها المحاكم الابتدائية » .
وأوجب عليها أيضاً أن تتدخل في جميع قضايا الأحوال الشخصية والوقف المنظورة أمام محاكم الاستئناف أو أمام محكمة النقض .

وتعتبر النيابة في هذه الحالات طرفاً أصلياً ويكون لها ما للخصوم في حقوق ولا تسرى في شأنها أحكام المادة ٩٥ مرافعات .

ونستطيع أن نستخلص من هذا النص أن هناك نوعان لتدخل النيابة ، هما التدخل أمام المحاكم الجزئية وهي تكون كطرف منضم ، وتسرى في شأنها أحكام المادة ٩٥ مرافعات التي جاء نصها على ما يلي :

« في جميع الدعاوى التي تكون فيها النيابة طرفاً منضماً لا يجوز للخصوم بعد تقديم أقوالها وطلباتها أن يطلبوا الكلام ولا أن يقدموا مذكرات جديدة وإنما يجوز لهم أن يقدموا للمحكمة بياناً كتابياً لتصحيح الوقائع التي ذكرتها النيابة .

ومع ذلك يجوز للمحكمة في الأحوال الاستثنائية التي ترى فيها قبول مستندات جديدة أو مذكرات تكميلية أن تأذن في تقديمها وفي إعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم .

أما بالنسبة لتدخل النيابة في قضايا الأحوال الشخصية التي تنظرها المحاكم الابتدائية فقد اعتبرها القانون في هذه الحالات طرفاً أصلياً ، يحق لها ما للخصوم من حقوق ويوجب عليها ما عليهم من واجبات ولا تسرى في شأنها حكم المادة ٩٥ مرافعات السابق ذكرها .

وقد جاءت أحكام محكمة النقض لتؤكد من أهمية تدخل النيابة وإبداء رأيها في قضايا الأحوال الشخصية المنظورة أمام المحاكم الابتدائية :

« إن الشارع إذ أوجب بمقتضى المادة ٩٩ مرافعات على النيابة التي تتدخل في كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإذ أوجب أيضاً في المادة ٣٤٩ مرافعات على المحكمة أن تبين في حكمها ضمن ما أوجبه من بيانات اسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية ومراحل الدعوى

مسائل الأحوال الشخصية

ورأى النيابة فى دعاوى الأحوال الشخصية وإثبات هذا الرأى ضمن بيانات الحكم هو من البيانات الجوهرية التى يترتب على إغفالها بطلان الحكم به .

نقض ١٩٥٢/٦/٢ طعن ٧ س ٢٥ ق ويعتبر هذا الحكم من الأحكام الأساسية التى أرست بعض المبادئ الخاصة بتدخل النيابة وأهميته منها :

أولاً : على المحكمة أن تبين فى حكمها اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى الدعوى .

ثانياً : على المحكمة أن تبين فى حكمها مضمون رأى النيابة .

ثالثاً : إغفال أى من هذين الشرطين يترتب عليه بطلان الحكم .

وقد تعاقب أحكام النقض لتؤكد هذه المعانى :

« متى كان الحكم الصادر فى مسائل الأحوال الشخصية ولم يتضمن هذا الحكم اسم عضو النيابة الذى أبدى رأى فى القضية ولم يفصح الحكم عن اسم عضو النيابة الذى أورد اسمه فى ديباجته ممثلاً

للنيابة العامة عند تلاوة الحكم هو صاحب ذلك الرأى فإن الحكم يكون باطلاً طبقاً للمادة ٣٤٩ مرافعات .

طعن رقم ٣٢ سنة ٢٦ ق أحوال شخصية .

وقد جاء تأكيداً لهذا المعنى أيضاً حكم لمحكمة النقض فى دعوى ثبوت وصحة ونفاذ وصية :

« إذا كانت الدعوى قد رفعت بطلب الحكم بثبوت وصحة ونفاذ الوصية الصادرة للمطعون ضدها من مورث الطاعنة ، وكان الفصل فيها يتنازل فضلاً عن ثبوت صحة الوصية من الموصى مدى توافر أركان انعقادها وشروط صحتها ونفاذها فى حق الورثة طبقاً للأحكام المنصوص عليها فى قانون الوصية الصادر به القانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٤٦ وهو ما كان يدخل فى اختصاص المحاكم الشرعية وكان الاختصاص بنظرها ينعقد - وفقاً للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحلية - للمحكمة الابتدائية فإنها تكون من الدعاوى التى أوجب المشرع على النيابة العامة أن تتدخل فيها بموجب نص المادة

الأولى من القانون رقم ٦٢٨ لسنة ١٩٥٥ ببعض الإجراءات فى قضايا الأحوال الشخصية والوقف ، وإذ رتب المشرع عدم تدخل النيابة العامة فى هذه الدعاوى بطلان الحكم وهو إجراء يتعلق بالنظام العام وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه أن النيابة العامة لم تتدخل فى الدعوى إلى أن صدر فيها الحكم فإنه يقع باطلاً .

الطعن رقم ٣٣ لسنة ٤٩ ق جلسة ١٩٨١/٥/٢٦ .

وهذا بالإضافة إلى الأحكام الأخرى التى أكدت هذه المعانى منها :

«تنص المادة ٩٩ مرافعات على وجوب تدخل النيابة فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلاً كما أوجبت المادة ٣٤٩ من هذا القانون أن يكون من بيانات الحكم رأى النيابة فى أحوال تدخلها ، ومفاد ذلك أن سماع رأى النيابة فى الدعاوى المتعلقة بالأحوال الشخصية وإثبات هذا الرأى ضمن بيانات الحكم هو من الإجراءات الجوهرية التى يترتب على إغفالها البطلان حتى ولو كانت الدعوى قد

رفعت أصلاً بوصفها دعوى مدنية وأثيرت فيها مسألة أولية تتعلق بالأحوال الشخصية .

طعن رقم ١٢ لسنة ٢٥ ق
جلسة ٥٩/١/١٥ س ١٠
ص ٥٨ مج قنى مدنى .

وقد جاء حكم نقض أيضاً ليؤكد مدى سيطرة الشكلية على الأحكام .

« الحكم باعتباره ورقة شكلية يجب أن تراعى فى تحديد الأوضاع الشكلية المنصوص عليها فى القانون ، وأن تشتمل على البيانات التى أوجب ذكرها فيه والبطلان الذى رتبته الشارع جزاء على مخالفة تلك الأوضاع أو على إغفال الحكم لبيان من البيانات الجوهرية اللازمة لصحته هو بطلان من النظام العام يجوز التمسك به فى أى وقت أمام محكمة النقض والمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها .

ولما كان الشارع قد أوجب بمقتضى المادة ٩٩ من قانون المرافعات على النيابة أن تتدخل فى كل قضية تتعلق بالأحوال الشخصية وإلا كان الحكم باطلاً وأوجب فى المادة ٣٤٩ مرافعات على المحكمة أن تبين فى حكمها رأى النيابة

واسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية وإن كان رتب صراحة على عدم بيان اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى قضية متعلقة بالأحوال الشخصية بياناً جوهرياً لازماً لصحة الحكم مهما يقتضى اعتبار البطلان المترتب على اغفاله من النظام العام ، ولا يغنى عن ذلك ذكر الحكم أن النيابة أبدت رأيها فى المذكرة المقدمة منها دون تعيين اسم عضو النيابة الذى أبدى هذا الرأى .

طعن رقم ٦ لسنة ٢٩ ق
جلسة ٦١/٢/٢٢ س ١٢
ص ٣٠ مج قنى مدنى .

خامساً - ولكن هل يشترط أن تبدى النيابة رأيها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ؟؟

« قد أجابت محكمة النقض على هذا السؤال بحكم شهير لها : « لم يوجب القانون أن ثبوت النيابة رأيها فى كل خطوة من خطوات الدعوى ، ومتى كان الحكم المطعون فيه قد أثبت اسم عضو النيابة الذى أبدى رأيه فى القضية فإنه لا يعيبه عدم إبداء النيابة رأيها فى المراحل اللاحقة على إعادة القضية إلى المرافعة لأن

ذلك محمول على أنها لم تجد ما يدعوها لتغيير رأيها السابق وإبداء رأى جديد ، ولا يغير فى ذلك ما نصت عليه المادة ١٠٧ مرافعات من أنه يجوز للمحكمة فى الأحوال الاستثنائية التى ترى فيها قبول تقديم مذكرات تكميلية أو مستندات جديدة أن تأذن فى تقديمها وفى إعادة المرافعة وتكون النيابة آخر من يتكلم .

طعن رقم ٤٠ لسنة ٢٩ ق
س ١٤ ص ٨٤٢ جلسة
١٩٦٣/٦/١٩ .

وقد جاء تأكيداً لهذا المعنى حكم آخر لاحقاً لهذا الحكم فى ١٩٦٤/٤/١٥ .

حيث رأت النيابة عدم قبول طلبات المدعى إلا أن المحكمة قد تجاهلت هذا الرأى واستمرت فى الدعوى ولم تحيل القضية إلى النيابة مرة أخرى وقد جاء منطوق الحكم كما يلى :

« إذا اقتصر رأى النيابة العامة فى أن طلبات المدعى غير مقبولة ورأت المحكمة غير ذلك وسارت فى الدعوى ، فلا عليها إن هى لم تعدها إلى النيابة لإبداء رأى

جديد ، والقول بأن النيابة لم تكن آخر من يتكلم ليس من شأنه إبطال الحكم إذ أن البطلان هنا لا يكون إلا إذا طلبت النيابة العامة الكلمة الأخيرة وحيل بينها وبين ما أرادت .

طعن رقم ١٨ س ٣١ ق س ١٠ ص ٥٥٠ .

سادساً - أثر تعديل قانون المرافعات على الدعوى الشرعية :

بعد تعديل قانون المرافعات وصدور القانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨ فقد تعدل نص المادة ٣٤٩ في القانون القديم التي كانت توغل في الشكلية مما هدد كثير من الأحكام بالبطلان ، وكانت تعتبر ذكر اسم عضو النيابة من البيانات الأساسية التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم . وقد أكدت ذلك المذكرة الإيضاحية للقانون « لم يترتب المشرع على عدم ذكر اسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية في الحكم بالبطلان ، لأن ذكر اسمه ليس من قبيل البيانات الأساسية ، ما دامت النيابة قد أبدت بالفعل رأيها في مذكرتها وثبت ذلك في

الحكم . وعلة ذلك هو التخفف من حالات البطلان .

وقد جاء نص المادة ١٧٨ من قانون المرافعات الجديد ليؤكد ذلك المعنى بنصه : « يجب أن يبين في الحكم المحكمة التي أصدرته وتاريخ إصداره ومكانه وما إذا كان صادراً في مادة تجارية أو مسألة مستعجلة وأسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة واشتركوا في الحكم وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية إن كان ، وأسماء الخصوم وألقابهم وصفاتهم وموطن كل منهم وحضورهم وغيابهم . كما يجب أن يشتمل الحكم على عرض مجمل لوقائع الدعوى ثم طلبات الخصوم وخلاصة موجزة لدفعهم ودفاعهم الجوهري . ورأى النيابة ثم تذكر بعد ذلك أسباب الحكم ومنطوقه . والقصور في أسباب الحكم الواقعية والنقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم وصفاتهم وكذا عدم بيان اسم القضاة الذين أصدروا الحكم يترتب عليه بطلان الحكم » .

والمدقق منا في هذه المادة يلاحظ أنها قد جمعت أسباب

بطلان الأحكام على سبيل الجبر وهي :

- (أ) القصور في أسباب الحكم الواقعية .
- (ب) النقص أو الخطأ الجسيم في أسماء الخصوم .
- (ج) عدم بيان اسم القضاة الذين أصدروا الحكم .

ونلاحظ هنا أن المشرع لم يرتب البطلان على عدم بيان اسم عضو النيابة أو عدم بيان رأيه في أسباب الحكم أو منطوقه ، وحسباً فعل المشرع بأن خطى خطوة كبيرة بعيداً عن هيمنة الشكليات وقد أدى هذا إلى تطور كبير في أحكام محكمة النقض من النقيض إلى النقيض . وقد تجسد ذلك في حكم حديث لمحكمة النقض جلسة ١٩٧٦/١١/٢٤ : « النص في الفقرة الأولى من المادة ١٣٨ من قانون المرافعات على أنه يجب أن يبين في الحكم أسماء القضاة الذين سمعوا المرافعة وحضروا تلاوته وعضو النيابة الذي أبدى الرأي في القضية وإن كان في الفقرة الثانية نص على أن « عدم بيان أسماء القضاة الذين أصدروا الحكم والنص يترتب عليه بطلان الحكم يدل على أن بيان

إسم عضو النيابة الذي أبدى رأيه في القضية ليس من البيانات الأساسية التي يترتب على إغفالها بطلان الحكم وإذا كانت النيابة قد أبدت رأيها في القضية وأثبتت ذلك في الحكم فإن النعي عليه لخلوه من بيان اسم عضو النيابة يكون على غير أساس .

طعن ٤٠ لسنة ٤٥ ق
أحوال شخصية سنة ٢٧ ص ١٦٣٦

وقد جاء أيضًا في حكم حديث جدًا لمحكمة النقض جلسة ١٩٨٥/٤/٢٣ أن التفتات الحكم عن الرأي الذي أبدته النيابة قد دل على أنه لم يرد

الأخذ به .

طعن ٥١ لسنة ٥٤ ق
أحوال شخصية .

سابقًا هل يشترط أن تبدي النيابة العامة رأيها كتابة :

هل يجوز للنيابة العامة أن تبدي رأيها شفاهية أو أن تفوض المحكمة في الرأي ؟

من المستقر في أحكام محكمة النقض ، أنها أعطت النيابة الحرية التامة في الطريقة التي تبدي بها رأيها فيحقق لها أن تبديه شفاهية ، ويحقق لها أن تبديه كتابة ويحقق لها أن تفوض الرأي

للمحكمة .

وقد جاء تأكيدًا لهذا المعنى حكم لمحكمة النقض « إذا فوضت النيابة الرأي لمحكمة الاستئناف بعد أن قدم طرف الخصومة أدلتها على ثبوت ونفي الهجر كسبب للمضارة المبيحة للتفريق بينهما فإن النيابة العامة تكون بذلك وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - قد أبدت رأيها في القضية بما مؤداه تفويض الرأي للمحكمة في تقدير أقوال الشهود وسائر الأدلة في قضايا الأحوال الشخصية .

الطعن رقم ٣٤ لسنة ٥٢ ق
جلسة ١٩٨٤/٤/١٧ .

ليس على القاضي في خطئه - إذا أخلص النية -
تعقيب ، فهو بشر قبل كل شيء ، إنما عليه المآخذ تأخذه
بالنواصي والأقدام ، إذا انزلق في مزلق الهوى ، واحاطت
بعنقه الشبهات

الامام محمد عبده

ضوابط وحدود اثبات الحق المدني أمام القضاء الجنائي

للسيد الأستاذ / صلاح الدين جمال عبد الرحمن - المحامي

تمهيد :

إن ما يثور في ذهن عند البحث في موضوع من الموضوعات هو السؤال عن ماهية الأهمية الفقهية والعملية من بذل ذلك الجهد؟؟

ولذلك نبادر بالإجابة على ذلك بأن أهمية هذا البحث تتمثل في مساهمته بموضوع يتسم بالدقة الشديدة وما يزال على الرغم من كتابات الخطة وإن كانت قليلة وغير بارزة في المراجع المختلفة وعلى الرغم من أحكام قضاء النقض وإن كانت متناثرة . فما يزال الموضوع يثير بعض الخلط لدى جانب غير قليل من العاملين بالمجال القانوني . وقد كان دافعي الأول للكتابة في هذا الموضوع ما لمستته عملاً بصدد بعض الدعاوى القضائية التي سأتناول إحداها كنموذج أقوم بالتعليق على ما صدر فيه من أحكام القضاء التي عثرنا عليها في هذا الموضوع لدى بعض أعمدة

الفقه الجنائي في الوقت المعاصر وبعض أساتذة ذلك العلم ومجموعات الأحكام التي تصدر عن محكمتنا العليا . وسوف نتناول الموضوع في مبحثين :

يشتمل الأول على دراسة عدة مسائل مترابطة للإجابة على بعض التساؤلات وفي البداية نبدأ بتعريف الدعوى المدنية ثم نرد على السؤال عن طبيعتها أمام القضاء الجنائي ، ونلبي ذلك بكيفية الإثبات ، وهل تخضع للقواعد الواردة في القانون الجنائي في شقه الإجرائي أم تخضع لقانون آخر ؟ وأما في المبحث الثاني فنتناول ماهية الإجراءات التي تتخذ للوصول إلى ذلك ، وتعليق على حكم صادر من إحدى المحاكم الجنائية .

المبحث الأول

الفرع الأول

تعريف الدعوى المدنية

أمام القضاء الجنائي :

Action civil.

يمكن تعريف الدعوى المدنية « بأنها الدعوى التي يقيمها من لحقه ضرر من الجريمة بطلب تعويض هذا الضرر » وهي في حقيقتها دعوى تعويض Action en dommages - interets إلا أنها تنشأ عن فعل خاطيء ضار يعد في نظر قانون العقوبات جريمة . فهي مشتركة المصدر مع الدعوى الجنائية وهو الواقعة الإجرامية^(١) .

لذلك فقد نص المشرع في المادة ٢٥١ فقرة ٢ إجراءات جنائية على أنه « لمن لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوق مدنية أمام المحكمة المنظورة أمامها الدعوى الجنائية في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى صدور القرار بإقفال باب المرافعة طبقاً للمادة ٢٧٥ ، ولا يقبل منه ذلك أمام المحكمة الاستئنافية » .

إنن فقد يتم الإدعاء المدني أمام المحكمة الجنائية بالتبعية للدعوى الجنائية التي تقيمها النيابة العامة ، وقد يتم هذا الإدعاء بطريق الإدعاء المباشر بتحريك الدعوى الجنائية بالتبعية للدعوى المدنية في مواد الجرح والمخالفات دون الجنائيات لما تمثله الأخيرة من اتهامات خطيرة استلزمت حرص المشرع بمنعه الأفراد من أمكنة اللجوء للإدعاء المباشر فيها ، وقصر تحريكها على النيابة والمحاكم في أحوال التصدي فحسب .

إلا أن وحدة المصدر في الدعويين الجنائية والمدنية يجب ألا يؤدي إلى الخلط بينهما ، إذ يختلفان من حيث الموضوع والخضوع الذي يمثل في الدعوى الجنائية طلب توقيع العقوبة باسم المجتمع وفي الدعوى المدنية طلب التعويض ولحساب المضرور من الجريمة . كما يختلفان من حيث السبب إذ أنه وإن كان مصدر الدعوى الجنائية هو الجريمة كواقعة أخلت بالنظام العام للجماعة إلا أن هذه الواقعة لا تمثل في الدعوى المدنية سبباً لها إلا من حيث كونها فعلاً خاطئاً ضاراً يلزم

فعله بالتعويض تطبيقاً لنص المادة ١٦٣ مدني .

ومن ثم فمن المتصور إقامة الدعوى الجنائية دون المدنية لعدم وجود ضرراً خاصاً واقعاً على فرد معين .

كما تختلف الدعوى الجنائية عن الدعوى المدنية من حيث القواعد الموضوعية الواجبة التطبيق على الواقعة ، وهذا محل دراسة في هذا البحث ، حيث تخضع الأولى من الناحية الموضوعية لقانون العقوبات بينما منرى أن الثانية تخضع للقواعد والنصوص المدنية الواردة في القانون المدني والقوانين الملحقة به .

كما أن الدعوى الجنائية تقضى بأسباب غير تلك التي تنقضى بها الدعوى المدنية فإذا كانت الأولى تنقضى ب وفاة المتهم ، ومضى المدة وصدور الحكم النهائي الذي يفصل في الموضوع ، العفو الشامل . فإن الثانية تنقضى بالوفاء ، والتنازل ، ومضى المدة الخاصة بها ، وصدور الحكم فيها . لذا كان من الممكن أن تظل إحدى الدعويين قائمة رغم انقضاء الأخرى .

وأخيراً تختلفان من حيث

القواعد الإجرائية من حيث الاختصاص بنظر الدعوى ومن حيث قواعد السير فيها وقواعد الإثبات وتفصيل ذلك على النحو الآتي :

إذا كانت الدعوى المدنية المنظورة أمام القضاء الجنائي تخضع للقواعد الواردة في مجموعة الإجراءات الجنائية مادام فيها نصوص خاصة تتعارض مع ما يقابلها في قانون المرافعات المدنية (٢) تطبيقاً لنص المادة ٢٦٦ من قانون الإجراءات الجنائية الذي تنص على «يتبع في الفصل في الدعوى المدنية التي ترفع أمام المحاكم الجنائية الإجراءات المقررة بهذا القانون» . وفي قضاء لمحكمة النقض قضت فيه بأن «الأصل أن نصوص قانون الإجراءات الجنائية بحسب لا يرجع إلى نصوص قانون آخر لسد نقص أو الإستعانة على تنفيذ القواعد المنصوص عليها في قانون الإجراءات الجنائية (٣) ، فإن السؤال الذي يطرح نفسه يدور حول تحديد القواعد الواجبة التطبيق لإثبات الدعوى المدنية أمام القضاء الجنائي خاصة في جريمة كجريمة التبيد وخيانة

الأمانة؟؟ ، كما يثور السؤال عن ما هو المقصود بالإثبات؟؟ وفي البداية يعرف الإثبات - بصفة عامة - بأنه « كل ما يؤدي إلى ظهور الحقيقة » ، وهو في مجال الإثبات الجنائي « ما يؤدي إلى ثبوت إجرام المتهم » وهو « يضع حداً لمصير الدعوى » . إذ في الإثبات وحده تكمن الأسباب التي تدفع القاضي إلى إصدار حكمه بالإدانة أو بالبراءة (٤) . وسيقتصر بحثنا هذا على الإثبات فيما يتعلق بالدعوى المدنية دون الجنائية .

الفرع الثاني

كيفية إثبات الدعوى المدنية

كما سبق القول يجب بآدىء ذى بدء أن نميز بين إثبات عناصر الجريمة وإثبات الشق المدني الناتج عن سلوك المتهم .

وإذا ما رجعنا إلى نصوص قانون العقوبات لوجدنا مثلاً صارخاً في نص المادة ٣٤١ يدعو إلى وجوب هذه التفرقة المشار إليها ، إذ أنها قد تضمنت اشتراط وجود عقد انتمان في إحدى الصور الواردة في النص على سبيل

الحصر . ويثور السؤال عن ما هي الوسائل الميسرة أمام المدعى بالحق المدني لكي يثبت وجود التصرف القانوني والمتمثل في عقد الأمانة فضلاً عن إثبات الوقائع المادية الملازمة له والمتمثلة في تسليم واستلام الوديعة؟؟

ومع أنه من المقرر في قضاء محكمة النقض المصرية أن إثبات أركان جريمة خيانة الأمانة يخضع لمبدأ الإقتناع القضائي المقرر بنص المادة ٣٠٢ إجراءات جنائية . بمعنى أن للقاضي أن يأخذ بأى نوع من الأدلة في الإثبات والنفي . إلا أن القاعدة أيضاً ، أن إثبات العقد والتسليم في جريمة خيانة الأمانة وغيرها من التصرفات والوقائع المدنية وهي مسائل مدنية بطبيعتها ومستقلة عن واقعة الجريمة بأركانها المتمثلة في الاختلاس المادى مع توافر القصد الجنائى بل وسابقة في وجودها على وقائع الجريمة ومن ثم فإنها تخضع في إثباتها لما يخضع له إثبات العقود المدنية من أحكام . وقد كرس المشرع تلك القاعدة في نص المادة ٢٢٥ من قانون الإجراءات الجنائية .

وبعبارة أخرى يعبر البعض عن ذلك بأن الجريمة ليست في وجود العقد حتى يخضع إثباته للقواعد الجنائية ، وإنما الجريمة في الإخلال به في صورة الإعتداء على ملكية المال الذى سلم بناء عليه . وترتيباً على ذلك فقد تقرر أن الأصل « أن كيفية الإثبات ترتبط بنوع الموضوع المطروح على القضاء ، لا بنوع القضاء المطروح عليه الدعوى » (٥) .

ومن ثم تكون قواعد القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ الإثبات في المواد المدنية هي القواعد الواجبة التطبيق أمام القاضي الجنائي في إثبات المسائل المدنية . كي لا يكون الإلتجاء إلى المحاكم الجنائية وسيلة للتهرب من وسائل الإثبات المقررة أمام المحاكم المدنية (٦) .

وبناء عليه يلزم لإثبات عقود الوديعة تطبيق نصوص المواد ٦٠ وما بعدها من قانون الإثبات والتي تقرر أنه « في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانون تزييد قيمته على عشرين جنيهاً أو كان غير محدد القيمة ، فلا تجوز

شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضاؤه » بمعنى أنه لا يجوز الإثبات إلا بالكتابة في الالتزامات التي تزيد على عشرين جنيهاً ولكن هل تسرى تلك القاعدة على إطلاقها ؟؟ ولذا كانت الإجابة بالنفي فما هي القيود التي ترد عليها ؟؟ يجيب على ذلك المشرع في الفقرة الأخيرة من المادة ٦٠ بقوله « ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك » وبأن « العبرة في تقدير الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف » / ٦٠ فقرة ثانية . ومن ثم فإذا زادت قيمة المبلغ جاز الإثبات بالبينة . إذ من المتصور أن يترتب على الالتزام زيادات بعد منشاء عقد الوديعة الأصلي محل التداعي .. وهنا يثور التساؤل حول ما إذا كانت هناك استثناءات أخرى أوردها المشرع في نصوص التشريع خروجاً على مبدأ الثبوت بالكتابة ؟؟ وما مدى تعلق تلك القواعد بالنظام العام ؟؟ ونجيب على السؤال الأول بالإيجاب إذ أن نص المادة ٦٢ من قانون الإثبات يقرر أنه « يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثبات بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت بالكتابة » .

ثم بينت في الفقرة الثانية منها المقصود بمبدأ الثبوت بالكتابة بقولها « وكل كتابة تصدر من الخصم ويكون من شأنها أن تجعل وجود التصرف المدعى قريب الاحتمال تعتبر مبدأ ثبوت بالكتابة الأوراق التي يكتبها المدعى عليه وإن لم يوقعها بإمضائه كما يعتبر في رأينا - مبدأ ثبوت بالكتابة العقد الذي يحرره المدعى عليه مع طرف ثالث يسلمه فيه نفس الوديعة محل الالتزام المطالب بأن يوفيه إلى المدعى بالحق المدني . وهو الرأي الذي ساندته نيابة الاستئناف في الدعوى محل تعليقنا في الجزء الثاني من هذا البحث .

ويتضح من نص المادة ٦٢ إثبات أن مبدأ الثبوت بالكتابة يفترض وجود كتابة ، وصدورها عن المتهم نفسه أو عن ممثله القانوني وأن يكون من شأنها جعل وجود عقد الأمانة قريب الاحتمال (٧) . ومن أمثلة ما اعتُبر مبدأ ثبوت بالكتابة ، اعتراف المتهم الضمني بوجود العقد ، واعترافه المنطوي على تناقض فيما بين أجزائه (٨) وأقواله في محاضر جمع الاستدلالات أو التحقيق الابتدائي (٩) . إذ يجوز

للمحكمة أن تعتبر مبدأ ثبوت بكتابة الورقة التي يوقعها المتهم وإن لم تكن محررة بخطه (١٠) . وقد قضت محكمة النقض بأن تقدير وجود مبدأ ثبوت الكتابة هي مسألة قانون تخضع لرقابة محكمة النقض (١١) .

ومن ثم يجب على المحكمة أن تضمن حكمها بالإدانة العبارات التي اعتبرت مبدأ ثبوت بالكتابة كي تستطيع محكمة النقض أن تبشر رقابتها وإلا كان الحكم قاصراً (١٢) .

هذا فضلاً عن أن نص المادة ٦٣ من ذات القانون تقرر أنه « يجوز كذلك الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بدليل كتابي :

(أ) إذا وجد مانع مادي أو أدبي يحول دون الحصول على دليل كتابي .

(ب) إذا فقد الدائن سنده الكتابي بسبب أجنبي لا يد له فيه » .

والملاحظ أن تلك النصوص ما هي إلا تقنين لما جرى عليه العمل في القضاء .

فقد قضت محكمة النقض في قضاء قديم نسبياً بأن قيام

المانع الأدبى الذى من شأنه أن يحول دون الحصول على كتابة عند وجوبها فى الإثبات يجيز الإثبات بالبيينة^(١٢) .

كما قضت أيضاً فى قضاء آخر بأنه يجوز الإثبات بالبيينة ونعكس ما ورد بالكتابة إذا ما كان العقد مشوباً بالغش نحو القانون « نظراً لاختلاط الغش بالصورية »^(١٤) .

كما قضت بأن العبرة فى قيام عقود الأمانة هو بحقيقة الواقع^(١٥) .

ويتبقى لدينا الإجابة على مدى تعلق قواعد الإثبات المدنية بالنظام العام ؟؟

والقاعدة المقررة فى قضاء محكمة النقض « أن قواعد الإثبات لا تتعلق بالنظام العام^(١٦) . ومن ثم يجوز الاتفاق على ما يخالف تلك القواعد سواء كان ذلك الاتفاق صريحاً أو ضمناً .. بمعنى أنه يجوز الاتفاق على الإثبات بغير الكتابة بصدد التزام يزيد على عشرين جنيهاً^(١٧) .

ولذلك فقد قضت محكمة النقض فى قضاء آخر بأنه « إذا لم يعترض المتهم بخيانة الأمانة على إثبات عقد الأمانة بالبيينة رغم أن قيمة العقد تزيد

على عشرين جنيهاً فإنه يعد متنازلاً عن الإثبات بالكتابة وقبولا للإثبات بالبيينة ،^(١٨) . والدفع بعدم جواز الإثبات إلا بالكتابة كالدفع الشكلى يجب أن يبدى منذ بداية التحقيق فى الدعوى وقبل التعرض للموضوع وإلا فإنه لا يجوز للمتهم أن يدفع به بعد ذلك لسقوط حقه فيه^(١٩) .

وقد قضى بأن سكوت المتهم عن الاعتراض على سماع الشهود وعدم التمسك بوجوب الإثبات بالكتابة يعد نزولاً ضمناً عن الدفع لا يجوز العدول عنه بعد ذلك^(٢٠) هذا فضلاً عن أن القبول الضمنى للمدين بالتنازل عن الإثبات بالكتابة قد يستفاد من عدم اعتراضه أثناء سير الدعوى على الإثبات بالبيينة الذى تقدم بطلبه الدائن أو خصمه بصفة عامة فى الدعوى المدنية ويستفاد ذلك ، من باب أولى ، من مساهمته فى هذا الإثبات بمناقشة شهود الإثبات أو طلبه شهود نفى^(٢١) .

وإذا كانت أحكام الإثبات فى المواد المدنية ليست من النظام العام ، وإنما هى مقررة لمصلحة الخصوم ، لذلك فقد

وجب على من يريد التمسك بالدفع بعدم جواز الإثبات بالبيينة فيما يتعلق بالحق المدنى أن يتقدم بدفعه إلى محكمة الموضوع ، فإن لم يثر شيئاً من ذلك أمامها فإنه يعتبر متنازلاً عن حقه فى الإثبات بالطريق الذى رسمه القانون . ولا يكون له من بعد أن يتمسك بهذا الدفع أمام محكمة النقض^(٢٢) .

هذا فضلاً عن أنه يجوز أيضاً الإثبات بالبيينة إذا وجد مانع أدبى أو مادى يحول دون حصول صاحب الحق على دليل كتابى . « ويدخل تقدير توافر المانع فى سلطة قاضى الموضوع^(٢٣) .

وقد قضى فى قضاء النقض بأنه إذا رأت المحكمة من ظروف الدعوى أن علاقة القرابة بين الخصمين هى التى صنعت أحدهما من أخذ سند من الآخر بالوديعة التى ائتمن عليها فأجازت له الإثبات بالبيينة فلا يصح مناقشتها فى ذلك^(٢٤) .

كما قضت بأنه إذا سلمت امرأة لخالتها مصوغاتها عند إقامتها بمنزلها لشقاق بينها وبين زوجها خوفاً عليها من

الضياح جاز لها إثبات التسليم بالبيئة (٢٥).

ويعتبر من قبيل الوديعة الإضطرارية تسليم المصاب في حادث لما معه من أشياء إلى من رافقه إلى المستشفى أو إلى جاره في المستشفى ليحفظ له تلك الأشياء ، وكذلك ينطبق نفس التكيف على الوديعة الجارية كأن يودع رواد المطعم أو الفندق متعلقاتهم لدى المطعم أو الفندق الذي يرتادونه (٢٦).

هذا كما لا يلزم الكتابة للإثبات في المواد التجارية وكما يجوز الإثبات بشهادتها بشهادة الشهود فانه يجوز أيضاً إثبات عقد الأمانة بمختلف طرق الإثبات في قانون الإثبات . فيجوز إثباته بالإقرار الصادر عن المتهم وبشرط أن يكون إقراراً قضائياً بمعنى أن يكون صادر في مجلس القضاء بواقعة قانونية مدعى بها عليه ، وذلك أثناء السير في الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة « م/١٠٣ إثبات مدني » . والإقرار حجة قاطعة على المقر ومع ذلك فالإقرار لا يتجزأ على صاحبه إلا إذا نصب على وقائع متعددة وكان وجود

واقعة منها لا يستلزم حتماً وجود الوقائع الأخرى « م/١٠٤ إثبات » . وباعتبار الأفراد حجة قاطعة لا يجوز الرجوع فيه ، ولكن يجوز باعتباره تعبيراً عن إرادة - الطعن فيه للغلط أو التدليس أو الإكراه (٢٧) . ومع ذلك فإن إقرار المدعى عليه بالإستلام للشئ وإضافته أنه ردها ، أو تسلمه واستعمله فيما خصصه له الدائن فإن إقراره لا يجوز تجزئته لاتصال الوقائع بعضها ببعض الآخر (٢٨) . أما إذا أقر المتهم بأنه تسلم مبلغ من النقود إلا أنه ربط ذلك بوجود حق دائنيه لاحق لصالحه على نحو ينقضي به الإلتزام بالمقاصة ، فانه يجوز تجزئته هذا الإقرار ، لكي يأخذ القاضي بشطره المتعلق بتسليم النقود كدليل على المتهم ورفض باقي الإقرار (٢٩) .

المبحث الثاني

تعليق على حكم لمحكمة جنح مستأنف مدينة نصر

في ضوء ما سبق عرضه من المبادئ القانونية والأحكام القضائية نعرض الآن مثال صارخ في هذا الصدد . الحكم الصادر من محكمة جنح مدينة نصر في

الجنحة رقم ٨٢٦٢ لسنة ١٩٨٩ التي رفعت بطريق الإدعاء المباشر إلى هذه المحكمة استناداً على قيام المتهم باختلاس المنقولات الزوجية للمدعية بالحق المدني لاستيلاء الزوج على قائمة منقولاتها وثبوت سبق وجود القائمة المكتوبة بشهادة الشهود .

وبعد إثبات طلب المدعية بالحق المدني سماع شهود الإثبات بمحضر الجلسة الأولى والأخيرة أمام هذه المحكمة حجزتها للحكم وأصدرت حكمها كالاتي :

« بعد مطالعة الأوراق المحكمة :

وحيث أن المادة ٣٤١ عقوبات أوردت عقود الأمانة على سبيل الحصر . وحيث أن الأوراق قد خلت من قائمة منقولات الزوجية التي تمثل في هذه الدعوى عقد عارية الإستعمال مما يتعين معه القضاء ببراءة المتهم عملاً بالمادة ١/٣٠٤ أ.ج .

وحيث أن المحكمة انتهت ببراءة المتهم وأن التعويض المطالب به عن فعل غير قائم

فيتعين رفض الدعوى المدنية . . .

التعليق على هذا الحكم :

وإذا أردنا تقييم هذا الحكم في ضوء المبادئ المستقرة في التشريع والقضاء لوجدناه مشوباً بعيوب جسيمة تتمثل في الآتي :

أولاً : الخطأ في تطبيق القانون وتأويله .

ثانياً : الإخلال بحق المدعية بالحق المدني في الإثبات والدفاع .

وذلك على النحو الآتي :

أولاً : الخطأ في تطبيق القانون وتأويله في أمرين جوهريين .

إذا أنه ، وكما قررنا فيما عرضناه سلفاً ، قواعد الإثبات ، لا تتعلق بالنظام العام (٣٠) .

١٠ - وإذا ثبت من محضر الجلسة أن الحاضر عن المتهم لم يتمسك بعدم جواز إثبات الحق المدعى به بطريق شهادة الشهود .

٢ - وإذا كانت القاعدة الأصولية أنه لا يجوز للقاضي - وهو هنا قاضي في

الدعوى المدنية - أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم ، وأن القاضي إن هو إلا حكم فيما يختصم فيه الأطراف .

٣ - وإذا يعد سكوت المتهم أو من مثله في الحضور تنازلاً ضمناً عن لزوم الإثبات بالكتابة لذلك فلا مفر من أن يلتزم القاضي بطلب المدعية بالحق المدني أو يرد عليه بما يدحضه وهو الأمر الذي لم يحدث ومن ثم يكون الحكم مشوباً بالقصور ومعيباً بالخطأ في تطبيق القانون .

ثانياً : الإخلال بحق الدفاع :

إذ أنه ولو فرضنا جدلاً أن الدعوى قد خلت من العقد المكتوب ، فإن عقد عارية الإستعمال فيما جرى عليه قضاء النقض القديم والحديث عقد رضائي وهو في الأصل عقد مدني « وأن قيام المانع الأدبي الذي من شأنه أن يحول دون الحصول على كتابة عند وجوبها في الإثبات يجيز الإثبات بالبينة (٣١) والمحكمة لم تترك العقد ؟؟ هذا وإذا كان من المقرر أن للمحكمة أن تأخذ أو لا تأخذ بأقوال الشهود المسموعين بالدعوى ، إلا أن الأصل أن تبنى الأحكام على

التحقيقات الشفوية التي تجريها من مواجهة المتهم وتسمع فيها الشهود مادام سماعهم ممكناً بل أن الأصل يقضى كما قررت محكمة النقض بأن « القانون يوجب سؤال الشاهد أولاً وعندئذ يحق للمحكمة أن تبرئ ما تراه في شهادته (٣٢) ومن ثم فإن عدم سماع الشهود كطلب المدعي بالحق المدني فيه إخلال بحقه في الإثبات والدفاع يشوب الحكم معه بعيب الإخلال بحق الدفاع .

وهذا ما انتهت النيابة العامة لمحكمة استئناف مصر إلى تأييده بمذكرتها في الاستئناف المرفوع منها ضد الحكم المذكور .

ثانياً : أما المحكمة الاستئنافية فقد مرت الدعوى أمامها بمرحلتين الأولى حيث أصدرت حكمها التمهيدي بالإستجابة لطلبات المدعي بالحق المدني واستمعت فعلاً لشهود الإثبات والنفي وقدمت إليها المستندات التي تعد مبدأً ثبوت بالكتابة . إلا أنها وعلى عكس ما أدت إليه الأوراق والتحقيقات انتهت إلى إصدار حكمها على النحو الآتي :

حكمت المحكمة « بقبول ورفض وتأيد » ولم تقدم أسباب جديدة بل استندت في حكمها المطبوع ، على أسباب حكم أول درجة ... وهو الأمر الذي يستحق التعليق :

إذ أنه فضلاً عن الخطأ في تطبيق القانون ومخالفة أحكام وقواعد الإثبات المبينة بالقسم الأول من هذه الدراسة والتي نحيل إليها منعاً للتكرار فقد جاء مشوباً بعيوب أخرى لا تقل جساماً أهمها على النحو الآتي :

إذ أن الحكم جاء مشوباً بالبطلان لعدم مراعاة التدليل بأسباب جديدة واستنادها على حكم أول درجة على الرغم من الخطأ في تطبيق القانون الوارد في هذا الحكم .

إذ أن الثابت بقضاء النقض

أنه إذا كانت أسباب الحكم المستأنف غير سليمة وجب على المحكمة الاستئنافية أن تحرر أسباباً جديدة فإن لم تفعل وأيدته لأسبابه بطلب الحكم الابتدائي والاستئنافي - تبعاً له - لاستناده إلى حكم لا وجود له قانوناً (٣٣) .

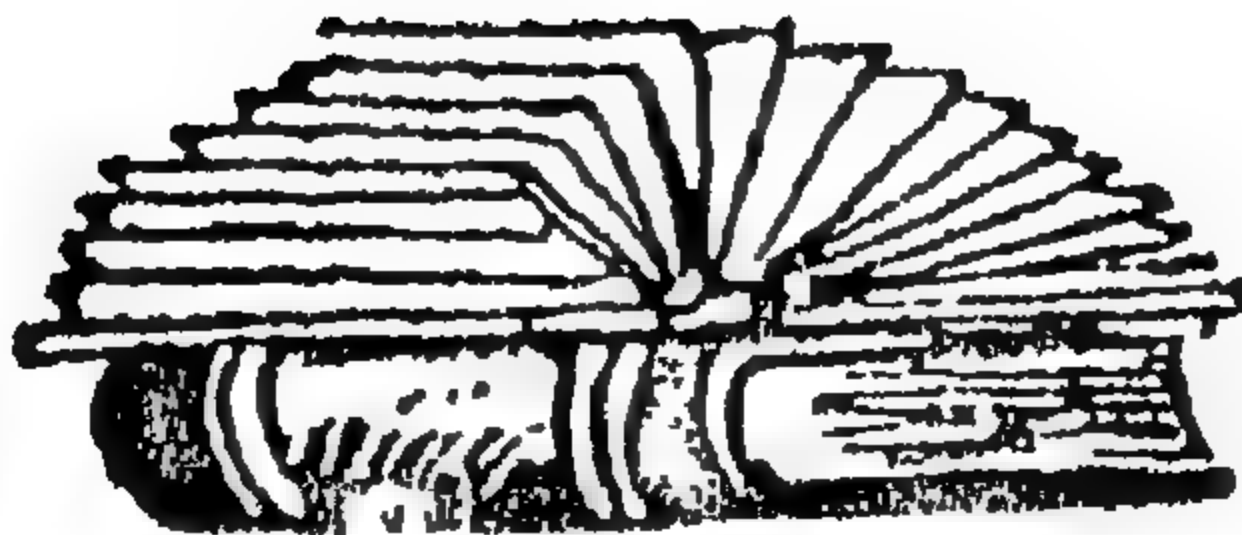
هذا فضلاً عن أن المحكمة قد قضت في قضاء آخر لها بأنه إذا أجرت المحكمة الاستئنافية تحقيقاً كطلب الدفاع ، فليس لها أن تؤيد الحكم الابتدائي لأسبابه ، دون أن ترد على هذا الدفاع الهام في ملابساته التي استجدت وإلا كان هذا قصوراً منها يعيب الحكم (٣٤) . هذا فضلاً عن أن الثابت في قضاء هذه المحكمة أنه إذا خلا الحكم الاستئنافي من الأسباب التي

استندت إليها المحكمة في تأييد الحكم المستأنف فلم يأت بأسباب تؤدي إلى النتيجة التي صار إليها . فإنه يكون باطلاً (٣٥) . هذا فضلاً عن أن القاضي مقيد في أن يبين بحكمه أنه قد أحاط بأدلة الدعوى ووازنها وبشرط أن يكون لحكمه مأخذ صحيح من الأوراق يصح في العقل أن يؤدي إلى ما اقتنع به (٣٦) .

أما عن باقي العيوب المتعلقة بكيفية الإثبات وشروطه فنحيل إلى ما سبق بيانه في المبحث الأول .

وبذلك نكون قد عرضنا لنموذج عملي لما هو عليه العمل بالمحاكم مما استرعى انتباهنا واستلزم الإشارة إليه .

تم بحمد الله



مواضع

- ١ - أ. د. رؤوف عبيد . مبادئ الإجراءات الجنائية . فى القانون المصرى . ط. ١٥ سنة ١٩٨٣ . مطبعة الإستقلال الكبرى . ص ١٧١ .
- ٢ - نقض فى الطعن رقم ٥٣٠ لسنة ٤٨ ق.ج ١٩٧٩/١/٢١ س ٣٠ ص ١٣٠ .
- ٣ - نقض فى الطعن رقم ٣٥٨ لسنة ٢٨ ق.ج ١٩٥٨/١١/١٨ س ٩ ص ٩٣٩ .
- ٤ - دكتور على عوض حسنى . جريمة التبديد . طبعة ثانية . ١٩٨٨ ، دار الثقافة للطباعة والنشر . ص ١٦٢ - ١٦٣ .
- ٥ - أستاذنا الدكتور / محمود نجيب حسنى . شرح قانون العقوبات . القسم الخاص . النهضة العربية . ١٩٨٦ . ص ١١٥٦ . ويشير إلى الفقهاء الفرنسيين
Garçon, art, 408, n° 725, Garraud, VI, 2° 2659, P 500.
- ٦ - نقض ١٩٧٤/٢/٢٤ . مج أحكام محكمة النقض . س ٢٥ رقم ٤٠ ص ١٨٣ .
- ٧ - محمود نجيب حسنى ، المرجع السابق ص ١١٥٩ .
- ٨ - نقض ١٩١٩/١١/١٥ . المجموعة الرسمية س ١٢ رقم ٢٨ ص ٤٨ .
- ٩ -
Garçon, art, 408. 708
- ١٠ - دكتور عبدالعظيم مرسى وزير القسم الخاص فى قانون العقوبات . جرائم الأموال . دار النهضة العربية . ط ١٩٨٣ .
- ١١ ، ١٢ - نقض قديم ١٩٣١/١/٢٥ . مج القواعد القانونية ج ٢ . رقم ١٧٣ ص ٢٢٤ .
- ١٣ - نقض ١٩٤٠/٥/٢٧ مج القواعد القانونية . ج ٥ رقم ١١٤ ص ٢١٩ .
- ١٤ - نقض ١٩٤٤/٥/٢٩ مج القواعد القانونية ج ٦ رقم ٣٥٩ ص ٤٩٦ .
- ١٥ - نقض فى الطعن رقم ٦٢٥ لسنة ١٩٧٦ . جلسة ١٩٧٦/١١/١ س ٢٧ ص ٨٣٥ . المكتب الفنى .
- ١٦ - نقض فى الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٦ ق جلسة ١٩٧١/٣/١١ . مجموعة الأحكام الصادرة عن الهيئة العامة للمواد الجنائية السنة ٢٢ . العدد الثانى ص ٤٦٠ .
- ١٧ - راجع السنهاورى . ج ٢ رقم ١٩٠ ص ٣٦٢ .
- ١٨ - نقض ١٩٣٤/٤/١٩ . القواعد القانونية . ج ٧ رقم ١١٧ ص ٢٤٠ ، نقض ١٩٥٦/٢/٢٠ . مج أحكام النقض . س ٧ رقم ٦٢ ص ١٩٥ ، نقض ١٩٥٧/١١/١٨ س ٨ رقم ٢٤٩ ص ٩١٤ ، ونقض ١٩٦٤/٥/١٩ س ١٥ رقم ٨٣ ص ٤٢٦ .
- ١٩ - نقض ١٩٧٣/٤/٨ . مج أحكام النقض . س ٢٤ ق ١٠٣ ص ٤٩٩ .

- ٢٠ - نقض ١٩٧٥/١/١٩ ، أحكام النقض س ٢٦ ق ١١ ص ٤٦ ، نقض ١٩٧٥/٥/١١ . أحكام النقض س ٢٦ ق ٩٤ ص ٤١٠ .
- ٢١ - أنظر . الأستاذ الدكتور . محمود نجيب حسنى المرجع السابق ص ١١٥٨ . والحكم التمهيدى للمحكمة الاستئنافية فى الجنحة رقم ٨٢٦٢ لسنة ١٩٨٩ والتعليق عليه فى المبحث التالى .
- ٢٢ - نقض ١٩٥٦/٢/٢٠ . مجموعة أحكام محكمة النقض . س ٧ رقم ٢٦ ص ١٩٥ . وفى نقض قديم نسبياً ، نقض ١٩٤٣/٤/١٩ . مج القواعد القانونية . ج ٦ رقم ١٧١ ص ٢٤٠ . كما صدر حديثاً تأييداً لذلك . نقض ١٩٧٥/١٠/١٩ س ٢٦ رقم ١١ ص ٤٦ .
- ٢٣ - نقض ١٩٤٢/٥/١١ مج القواعد القانونية ج ٥ رقم ٤٠٥ ص ٦٦١ . ونقض ١٩٥٩/٦/٢٢ مج أحكام محكمة النقض س ١٠ رقم ١٤٥ ص ٦٥١ ونقض ١٩٧٠/٢/٢٢ س ٢١ رقم ٦٧ ص ٢٧٢ .
- ٢٤ - نقض ١٩٤٠/٥/٢٧ مج القواعد القانونية ج ٥ رقم ١١٤ ص ٢١٩ .
- ٢٥ - نقض ١٩٣١/٢/٥ مج القواعد القانونية ج ٢ ق ١٧٩ ص ٢٣٧ .
- ٢٦ - أنظر أ . د . محمد محى الدين عوض . فقرة ١٦٣ ص ٢٢٤ وما بعدها .
- ٢٧ - الأستاذ الدكتور عبدالرازق السنهورى ج ٢ رقم ٢٥٦ ص ٤٩٩ .
- ٢٨ - فى هذا المعنى . نقض قديم ١٩٣٣/٢/١ . مج القواعد القانونية ج ٢ رقم ٣٢٦ ص ٤٤٦ ، نقض ١٩٥١/١٠/٢١ مج أحكام محكمة النقض س ٣ رقم ٤٣ ص ١٠٥ .
- ٢٩ - فى هذا المعنى أ . د . عبدالرازق السنهورى المرجع السابق . رقم ٥٠٦ ص ٥٠٦ .
- ٣٠ - نقض فى الطعن رقم ٣٦٩ لسنة ٣٦ ق . جلسة ١٩٧١/٣/١١ . مجموعة الأحكام الصادرة من الهيئة العامة للمواد الجنائية السنة ٢٢ العدد الثانى ص ٤٦٠ . والطعن رقم ١٤٦ س ٢٢ ق جلسة ١٩٥٢/٤/١٥ . مج المكتب الفنى .
- ٣١ - طعن رقم ١١٢٣ لسنة ٢٥ ق جلسة ١٩٥٦/١/١٦ س ٧ ص ٦١ . منشور فى مجموعة الأحكام القانونية للهيئة العامة . الجزء الثالث سنة ١٩٦٨ .
- ٣٢ - طعن رقم ١٥٤٢ لسنة ٢٧ ق . جلسة ١٩٥٨/٣/١٧ . س ٩ . ص ٢٩١ . المجموعة السابقة .
- ٣٣ - نقض جلسة ١٩٥٣/١/٢٦ - أحكام النقض - س ٤ . رقم ١٦١ . ص ٤٢١ ، ١٩٧٤/١/١٥ . مجموعة أحكام النقض س ٢٥ رقم ٩ ص ٤١ .
- ٣٤ - نقض ١٩٥٢/١٠/١٣ . مج أحكام النقض س ٤ رقم ٧ ص ١٤ .
- ٣٥ - نقض ١٩٥١/٥/٧ . أحكام النقض س ٢ رقم ٣٨٧ ص ٦٢ ، ١ ، ١٩٥٣/٦/٢٤ رقم ١٢١ س ٢٢ . ونقض ١٩٧٦/١/١٢ س ٢٧ رقم ١٢ ص ٦٣ .
- ٣٦ - نقض فى الطعن رقم ٥٢٤ لسنة ٤٨ ق جلسة ١٩٧٨/١٠/٢٢ س ٢٩ ص ٧١١ .

تظهير سند الشحن في ضوء المادة ٢/٢٠٣

من قانون التجارة البحري الجديد

دراسة في أساليب تداول سند الشحن تداولاً ناقلاً للحقوق الثابتة وماهية هذه الحقوق
للمسيد الاستاذ / طاهر حزين - المحامي بالنقض

مقدمة

نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٣ من مشروع قانون التجارة البحري^(١).

« يكون سند الشحن المحرر للأمر قابلاً للتداول بالتظهير ، ويعتبر مجرد توقيع الحامل على ظهر السند بمثابة تظهير ناقل للملكية ، وتسرى على هذا التظهير أحكام قانون التجارة ».

١ - يقرر هذا النص أحكاماً بمنطوقه ومفهومه .

ويستخلص من منطوق^(٢) النص خمسة أحكام قانونية . يستفاد الحكم الأولان بدلالة العبارة ، ويستفاد الحكم الثالث والرابع بدلالة الإشارة ، ويستفاد الأخير بدلالة الإقتضاء .

٢ - فمفاد دلالة العبارة^(٣) أن سند الشحن يمكن تداوله بطريق التظهير ما دام محرراً

لأمر . وهذا محض تطبيق القواعد العامة في تداول المحررات الأذنية .

غير أن أهم ما أفادته دلالة العبارة لهذا النص هو أن التوقيع المجرد بظهر السند هو تظهير ناقل للملكية . فجاء هذا الحكم بخصوص تظهير سند الشحن على نقيض حكم التظهير الناقل للملكية في المانتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة^(٤) واللذان إشتراطنا أن يتضمن التظهير البيانات الآتية ليكون تظهيراً تاماً ناقلاً للملكية :

- ١ - توقيع المظهر أو خاتمه .
- ٢ - تاريخ التظهير .
- ٣ - وصول القيمة .
- ٤ - إسم المظهر إليه .
- ٥ - لفظ الإذن أو الأمر ، مقترنا بإسم المظهر إليه .

فإذا كان التظهير لا يتضمن هذه البيانات فهو تظهير غير تام جعل من قانون التجارة في

المادة ١٣٥ قرينة قانونية على أنه صدر بتوكيل المظهر إليه في قبض قيمة الورقة أو إعادة تظهيرها .

وأما مشروع القانون التجاري البحري فقد جاء - كما رأينا - بحكم جديد كل الجدة ، إذ أسقط عن التظهير كلية ، التام منه وغير التام ، مكنة نقل ملكية سند الشحن ، وجعل هذه المقدرة لمجرد التوقيع على بياض بظهر السند^(٥) .

وبقراءة الحكمين المستفادين من عبارة نص المادة ٣/٢٠٣ من المشروع لوجدناهما يؤديان إلى النتيجة القائلة بأن تداول سند الشحن بالتظهير مقصود به التداول غير الناقل للملكية . فيكون تظهير سند الشحن التام منه أو الناقص تظهيراً إما للتوكيل أو للتأمين ليس غير ، ويستحيل أن يكون ناقلاً للملكية إذ جعلت المادة هذه النتيجة متحققة

لا بالتظهير وبنوعيه وإنما بمجرد التوقيع على بياض بظهر سند الشحن . وهذا هو الحكم المستفاد من مفهوم مخالفة النص على ما سيأتى بعد .

ولا خلاف، بطبيعة الأمور ، حول الطبيعة المفسرة أو المكملة لهذه النصوص، فيجوز لأطراف العلاقة أن تتجه إرادتهم لغير هذا الأثر ، كالتوكيل بمجرد التوقيع بظهر السند أو التملك بالتظهير التام أو الناقص .

ولا يقال لدحض هذا النظر أن عجز الفقرة الثالثة من المادة ٢٠٣ قد أشار إلى سريان أحكام قانون التجارة بشأن التظهير وهو ما يفيد أن التظهير التام يحدث أثره بنقل ملكية البضاعة مشمول السند بينما التظهير غير التام يكون للتوكيل فقط.

لا يقال ذلك، لأن عبارة هذا العجز من الفقرة القائل : «وتسرى على هذا التظهير أحكام قانون التجارة، إنما تنصرف إلى التوقيع المجرد بظهر السند والذي وصفه المشروع بوصف منافع لواقعه بمقولة أنه تظهير.

وقرينة إنصاف هذه

العبارة للتوقيع على بياض بظهر السند دون التظهير أن اسم الإشارة «هذا» المضاف لكلمة التظهير إنما يشير للتظهير القريب دون أن يشير للتظهير البعيد ، على خلاف اسم الإشارة «ذلك» أو «ذاك» فتكون عبارة «هذا التظهير» منصرفة إلى التوقيع المجرد على بياض الذى وصفه المشروع خطأ بأنه تظهير .

ومقتضى هذا التخرج أن التوقيع المجرد على بياض بظهر السند هو الذى تسرى عليه أحكام قانون التجارة من حيث أنه يصير إجراءً ناقلاً للملكية ومطهرًا من الدفع، فضلاً عن مكنة أن يملأ حامل السند المحول اليه على بياض البيانات التى تغير هذا التوقيع المجرد إلى تظهير تأمينى أو توكيلى على حسب الأحوال . فهذا هو المعنى المستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة ١٣٥ من قانون التجارة .

وأما ما رتبته قانون التجارة من حكم تضامن الموقعين المظهرين للورقة التجارية فلا يسرى فى خصوص سند الشحن الذى تتحول ملكيته بالتوقيع على بياض، إذ يتداول السند والملكية بالمناولة، ولذلك

فهو لا يحمل ، بداهة ، أسماء أى موقعين مظهرين يتضامنون بينهم .

٣ - ومفاد دلالة الإشارة^(٦) ، من جهة أخرى ، أن سند الشحن ، فى منطق مشروع القانون الجديد ، هو سند ملكية . وهو حكم قانونى غاية فى الخطورة والأهمية .

ويتضح هذا الحكم من صياغة النص . فهو وإن سيق لمعنى معين يتعلق بحكم تظهير سند الشحن إلا أنه يفيد كذلك معنى آخر لم يكن النص ليقصده لذاته ، إلا أنه معنى لازم للمعنى الذى قصده النص وسبق من أجله . فهو معنى ملازم لمعنى أن يكون التوقيع المجرد إجراءً ناقلاً للملكية ، ويحتاج إدراكه لقدر من التأمل .

فمتى كان النص يتناول تداول السند متى يكون ناقلاً للملكية ومتى لا يكون كذلك، فإن المعنى الملازم لهذا السياق هو أن السند سند ملكية عند واضع المشروع ، وأن هذه الملكية يمكن أن تنتقل من شخص لآخر بالتوقيع المجرد بظهر السند والمناولة ، ويمكن أن يوكل للتصرف فيها بالتظهير بنوعيه التام وغير

التام أو يكون تظهيرها
للتأمين .

ولا مراء أن المشروع إذ
يقرر هذه القاعدة فقد أغفل
التباين الهائل القائم بين سندات
الشحن وبين الأوراق التجارية
التي استخدم المشرع التجارى
فى المادة ١٣٣ بشأن نقل
الحقوق الثابتة فيها مصطلح
نقل الملكية . فالقطع بأن سند
الشحن هو سند ملكية أو القطع
بأنه مجرد سند بحيازة البضائع
لأمر بالغ الخطورة وتتنازعه
المذاهب القانونية المختلفة ،
وهو فى ظل المدرسة القانونية
السائدة فى مصر محفوفة
بكثير من المحاذير يحيطها جو
أثيرى ملبد بالغيوم بما لا يكفى
معه أن يتبنى القانون هذا
الاتجاه بحكم يستفاد بدلالة
الإشارة المستخلصة من نص
يتيم ، وإنما يتعين أن يحيطه
ببناء محكم من القواعد
التفصيلية ، بعد أن يقتلها بحثاً
من حيث المبدأ ، بحثاً متعمقاً
مستثيراً يمتد إلى ما يتصل
بسند الشحن من جوانب عديدة
فى القانون البحرى .

وأما الموقف الحالى ، وقد
تبنى المشرع الفكرة القائلة بأن
سند الشحن هو سند ملكية ،
فهو موقف واه مزعزع

الأركان سقيم البنيان .

ومما أفادته دلالة إشارة
النص ، كذلك ، بخلاف الحكم
القائل بأن سند الشحن هو سند
ملكية ، ما يشير إليه النص من
أن التوقيع المجرد على بياض
بظهر سند الشحن إنما هو من
أنواع التظهير غير التام .
فجاءت صياغته على أن :
«يعتبر مجرد توقيع الحامل
على ظهر السند بمثابة
تظهير» .

وهذه القاعدة ، وإن كانت
سائدة ، فهي فاسدة .

فالتوقيع المجرد على
بياض بظهر السند ، أو الورقة
التجارية ، ليس نوعاً من أنواع
التظهير ولا يمت لجنس
التظهير ، وإنما هو بيان
يفضى إلى تغيير شكل المحرر
للأمر فيجعله بمثابة محرراً
لحامله .

من أجل ذلك قلنا آنفاً أن
المشروع قصر أساليب نقل
ملكية السند على أسلوب وحيد
هو التوقيع المجرد بظهر السند
ومناولته ، وأما التظهير ، فهو
جنس آخر نو طبيعة مغايرة
للتوقيع المجرد . وهو بكافة
أنواعه لا يؤدي إلى نقل ملكية
الحقوق الثابتة بالسند طبقاً

لنص المادة ٣/٢٠٣ من
مشروع القانون التجارى
البحرى .

٤ - ومفاد دلالة إقتضاء
النص^(٧) أن التوقيع على
بياض بظهر السند يقتضى ،
ليتم الوظيفة المنوط به وهى
نقل الملكية ، أن تجرى مناوله
السند . فيدفع به حامله الذى
أجرى التوقيع ويسلمه لحامل
جديد ، وبذلك تنتقل ملكية
الحقوق الثابتة بالسند . ويغير
هذه المناولة فإن التوقيع
المجرد بظهر السند لا يغنى
ولا يؤدي إلى نقل الملكية .
ومن ثم فقد ثبتت المناولة
بدلالة إقتضاء النص ، إذ
التوقيع على بياض بظهر
السند يقتضى أن تتبعه مناوله
حتى يرتب أثره المنصوص
عليه قانوناً وهو نقل الملكية .
فالمناولة يتوقف عليها صحة
أن التوقيع المجرد بظهر السند
ناقل للملكية قانوناً .

٥ - ويستخلص من
مفهوم^(٨) مخالفة^(٩) النص أن
الطريقة الوحيدة التى يمكن
بمقتضاها نقل ملكية سند
الشحن الإذنى هى التوقيع على
بياض بظهر السند .

وبيان ذلك التسليم ،
إبتداءً ، بالفارق الفنى الدقيق

بين التوقيع على بياض بظهر السند بإعتباره وسيلة من وسائل تداوله وبين التظهير بمعناه المتعارف عليه وهو تحرير بيانات معينة بظهر السند فيكون تاماً أو يتخلف بعضها فيكون غير تام .

فالفرق بين التوقيع المجرد وبين التظهير جذري. فكل منهما جنس مختلف عن الآخر لا يجمعهما إلا أنهما وسيلتان لتداول السند. لذلك فإن إصطلاح التظهير بالمعنى المتعارف عليه لا يطابق التوقيع المجرد ولا يشتمل عليه. فالتظهير مفهومه وللتوقيع المجرد مفهومه المغاير .

فمتى كان ذلك ، فإن المشروع إذ يطلق على التوقيع المجرد لفظ التظهير، كما هو الحال في المادة ٣/٢٠٣ فإنه يكون قد جانبه الصواب، لأن التوقيع المجرد ليس تظهيراً. من أجل ذلك تعين تأويل لفظ تظهير المنسوب للتوقيع المجرد بما يؤدي للقول بأنها كلمة تحمل معنى إصطلاحياً مغايراً لمعناها السائد ، وذلك في خصوص الحالة التي إقترنت فيها بالتوقيع المجرد في هذا النص .

ومن ثم يكون المشروع قد أعطى التوقيع المجرد لقباً أو مصطلحاً خاصاً به هو مصطلح التظهير، مع التسليم بأن مفهوم هذا المصطلح يختلف عن مفهوم التظهير المتعارف عليه ، والذي يشير إليه المشروع في صدر نفس الفقرة .

فالفقرة ٣ من المادة ٢٠٣ من المشروع تحمل لفظ التظهير في صدر الفقرة وفي وسطها. ولكل منهما مفهوماً خاصاً به يمثل .

فإذا جاء المشروع وعلق حكم نقل ملكية الحقوق الثابتة في السند باللفظ في مفهومه الثاني ، فإن هذا التعليق يتقيد بهذا اللفظ كإسم جامد^(١٠) لمصطلح ذي مفهوم معين لا يمتد للمصطلح الآخر ذي المفهوم السائد . وطبقاً للنص فإن نقل الملكية قد تعلق بالتوقيع المجرد وارتبط به بمفهوم اللقب الذي أطلقه عليه المشروع وهو التظهير .

وإعمالاً لقواعد مفهوم المخالفة فإن الحكم القانوني إذا تقيد بإسم جامد معين ، أى بلقب أو مصطلح قانوني معين ، فإن تخلف هذا القيد ، أى الإسم الجامد أو اللقب

بمصطلح، يؤدي لنفي إعمال الحكم .

وتطبيقاً لذلك فإن نقل ملكية السند بتداوله إذ تقيد بلفظ التظهير ، بمعناه الخاص الوارد في الفقرة ٣ من المادة ٢٠٣، وهو التوقيع المجرد على بياض بظهر السند، فإن تخلف هذا القيد، أى تخلف التظهير بمعناه الخاص المذكور وهو التوقيع المجرد، عند تداول السند، يؤدي إلى نفي إنتقال الملكية .

٦ - نخلص مما سبق جميعه أن مشروع القانون الجديد قد تبني الفكرة القائلة بأن سند الشحن هو سند ملكية. ومن جهة أخرى فإن السند لا يجوز تداوله تداولاً ناقلاً لملكية مشموله إلا بطريق التوقيع على بياض بظهر السند مع مناولته للحامل الجديد .

٧ - وظاهر الأمر أن هذا النص يتصل بنسب صحيح إلى جدل فقهي ثار عقب قضاء لمحكمة النقض المصرية بشأن تظهير سند الشحن تظهيراً ناقلاً للملكية. كيف يكون. إذ قعدت محكمة النقض في قضاء حكمها في الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق بجلسة

١٩٦٣/٥/٢٣ لمبدأين :

المبدأ الأول يتصل بطبيعة سند الشحن من أنه سند ملكية .

والمبدأ الثاني يتصل بتظهير سند الشحن تظهيراً ناقلاً للملكية فأعملت بصدد حكم المادة ١٣٤ من قانون التجارة ، وتطلبت، من ثم ، أن نتوافر في تظهير سند الشحن البيانات اللازمة للتظهير التام للأوراق التجارية، حتى يتسنى القول بنقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند للمظهر إليه . وأما التوقيع المجرد بظهر السند فللتوكيل .

قالت المحكمة في حكمها إذ أرسى به المبدأين السالفين :

لا تنتقل ملكية الحق الثابت بسند الشحن الأدنى إلى المظهر إليه إلا بالتظهير التام عملاً بالمادة ١٣٤ من قانون التجارة . أما إذا كان تظهير السند على بياض اعتبر بمثابة توكيل للمظهر إليه في تسليم البضاعة ولا يخوله حقاً مستقلاً عن حقوق موكله المظهر (١١) .

وإذا أرادت محكمة النقض تأكيد المبدأ الثاني ، الخاص بالتظهير ، فقد بلغت غايتها

بأقوى صيغة يمكن أن تحملها اللغة . فبدأت بنفى مكنة نقل الحق الثابت في سند الشحن بإطلاق، ثم قيدت هذا الإطلاق باستثناء وحيد، وهو أن يكون التظهير تاماً طبقاً للمادة ١٣٤ من قانون التجارة .

ففتت مكنة الفصل عن جنس التظهير قاطبة، ثم إستثنت نوعاً منه وهو التظهير التام (١٢) .

إلا أن المحكمة حينما أشارت للتوقيع المجرد على بياض، وقد اعتبرته للتوكيل، أشارت إلى أنه من أنواع التظهير ، فسنت بذلك السنة التي نأسى بها المشروع بأن عدّ التوقيع المجرد تظهيراً .

كما أن الصياغة الصارمة التي وضعت بها المحكمة مبدأ التظهير التام بإعتباره الوسيلة الوحيدة لنقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند أدت إلى القول بإنسحاب حكم التوقيع على بياض بظهر السند بأنه توكيل، أدت لإنسحابه على سائر أنواع التظهير غير التام .

ثم أن محكمة النقض ، في قضاء لاحق بخصوص أحكام تظهير الشيك، إنتهت إلى إختلاف طبيعته عن طبيعة الكمبيالة، ومن ثم فلم تر محلاً

لتطبيق أحكام المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة على تظهير الشيك . وذهبت المحكمة إلى أن ثمة عرفاً تجارياً استقر في محيط المتعاملين بالشيك مفاده أن التوقيع على بياض يعتبر تظهيراً ناقلاً لملكية الحق الثابت في الشيك، فوجب إعمال حكمه دون المادتين المذكورتين (١٣) .

وإمتطى الفقه صهوة هذا الحكم الأخير، ووجه سهام نقده للحكم الأول الخاص بتظهير سند الشحن وأسس نقده على مقولة بأن سند الشحن تختلف طبيعته أيضاً عن طبيعة الكمبيالة، فكان أولى بالمحكمة أن تعمل الأحكام التي أرستها بالنسبة للشيك على سن الشحن . وأثبت هذا الفقه أن ثمة عرفاً بحرياً جرى بنقل الحق الثابت في سند الشحن بمجرد التوقيع على بياض بظهر السند، وقال بأن هذا العرف هو الأولي بالاتباع دون نصوص قانون التجارة .

وإذا كان هذا الفريق من ثقات علماء القانون قد واجه مذهب محكمة النقض هذه المواجهة الصلبة التي شاعبه

فيها جمهور الفقهاء ، إلا أنه مر مرور الكرام بالمبدأ الثاني الذي أرسته المحكمة في ذات الحكم عندما عرضت للتظهير الناقل للملكية ، تقريراً لقاعدة أن سند الشحن سند ملكية . فهذا نفر من الفقهاء الذين تصدوا لمناقشة الحكم لم يجادلوا إطلاقاً في هذا المبدأ الثاني .

وهكذا أخذ حكماً محكمة النقض، الأول الخاص بتظهير سند الشحن تظهيراً ناقلاً للملكية بأعمال مواد قانون التجارة، مع التسليم بالسند كسند ملكية. والثاني الحكم الخاص بإقرار عرف خاص يحكم تظهير الشيك، مع استبعاد أعمال قانون التجارة في شأنه، أخذاً طريقهما بما حوياه وما أحاط بهما من جدل فقهي إلى حيث وازع المشروع الجديد لقانون التجارة البحري. وانتهى الأمر بهذا المشروع إلى أن تبني اتجاه الفقهاء المؤيد لأعمال المبادئ التي أرسنها المحكمة بخصوص تظهير الشيك، فاستبعدت نصوص قانون التجارة وفننت قاعدة جديدة مقتضاها أن التوقيع على بياض بظهر السند يكفي وحده لنقل الحقوق الثابتة فيه.

واستبعد بذلك مذهب محكمة النقض في هذا الخصوص .

إلا أن المشروع أخذ بالمبدأ الثاني الذي أرسته محكمة النقض في حكمها الأول الخاص بتظهير سند الشحن وانتهى بأن أثبت لسند الشحن طبيعة معينة وهو أنه سند ملكية .

والواقع أن الفقه والقضاء في مصر لم يقطعا يوماً برأى في خصوص طبيعة سند الشحن . فتارة السند سند تمليك ، وتارة أخرى هو ممثل للبضاعة ويقوم مقامها، في حين أن كل من وجهتي النظر تختلف جذرياً عن الأخرى وتنتمي كل منهما لمدرسة قانونية مختلفة عن أختها .

إن المدرسة القانونية الأنجلوسكسونية إذ ترفع لواء فكرة أن السند سند ملكية، إنما تسندها لحقائق ثابتة في فقهاها القانوني تفضي إلى نتائج عملية تتفق وما إنتهت إليه مدرسة القانون المدني، التي تمسكت بالحقائق القانونية الخاصة بها. وما كانت مدرسة القانون المدني، في ضوء فقهاها القانوني، لتصل إلى نتائج عملية معقولة لو أنها

أعملت قاعدة أن سند الشحن سند ملكية .

وحيث أن مصر هي من أسرة مدرسة القانون المدني، فقد كان حرياً بها تتجنب إقتباس فكرة أن سند الشحن سند ملكية على إطلاقها. إذ مفهوم هذه القاعدة أن ملكية البضائع المنقولة بحراً تثبت للحامل الشرعي السند. وحيث أن إطلاق هذه القاعدة يناقض قواعد البيوع البحرية المستقرة ، والقواعد العامة لعقد البيع وتسليم المبيع وتبعة الهلاك ، هذا بخلاف العلاقات التي تنشأ بين المنتج والموزع والتي تقتضي شحن البضائع للأخير لتوزيعها نيابة عن الأول ، فضلاً عن أحكام التظهير للبنوك كضمان للتسهيلات المختلفة التي تمنحها هذه الهيئات للتجارة الدولية .

٨ - تأسيساً على جميع ما تقدم ، فسوف نتناول فيما يلي طبيعة سند الشحن وما إذا كان سند ملكية أم سند حيازة ، ومفهوم هذه القاعدة وتلك في المدرستين القانونيتين الأنجلوسكسونية والقارية، وذلك لإلقاء الضوء على المشكلة التي إستحدثت في

مصر بموجب نص المادة ٣/٢٠٣ من مشروع القانون البحري .

ثم يلي ذلك أن نتناول قواعد تظهير سند الشحن من حيث أثره الناقل للحقوق الثابتة في السند.

ويحدونا في هذه الدراسة المبادئ التي قررتها محكمة النقض المصرية في حكمها سالف البيان رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق ورقم ٤٤٨ لسنة ٣٠ ق وما ثار حولهما من جدل فقهي انتهى إلى ما بلورته بالمادة ٣/٢٠٣ من مشروع القانون الجديد.

وسوف نقسم هذه الدراسة، فيما يلي، إلى قسمين، يختص الأول بفكرة أن سند الشحن سند ملكية، وذلك في ضوء طبيعة السند في تصور المدرستين القانونيتين الأنجلوسكسونية واللاتينية، فنخصص لكل منهما فصلاً.

ثم نتناول في القسم الثاني تظهير سند الشحن، فنناقش الجذور التي بدأ عندها الفكر الجديد في خصوص التظهير على بياض الناقل للحقوق، وما أثير بشأنه من جدل قانوني، ومدى سلامة النتائج المفضى إليها، ثم نناقش فكرة

التظهير على بياض فتحللها إلى أصولها القانونية، وعلاقتها بالتظهير.

ثم نخلص في النهاية إلى خلاصة للبحث، تبين سواد الإضطراب المفعم بالغموض واللبس وأثره السيء على الممارسة العملية .

ويتضح بذلك، أن هذا البحث لا يرمى إلى وضع حلول لمشاكل قانونية قائمة، وإنما هو يرمى إلى تحقيق مناط هذه المشاكل وإجلائها توطئة لما عسى أن تناله من عناية ودقة في قابل الأيام .

القسم الأول

سند الشحن كسند ملكية

بين المدرستين الأنجلوسكسونية ومدرسة القانون المدني والوضع في مصر

٩ - لعل نبوع فكرة أن سند الشحن هو سند ملكية راجع إلى ما للقوانين البحرية الإنجليزية من غلبة وانتشار في عالم التجارة البحرية . إذ نشأت هذه الفكرة وترعرعت في كنف الشريعة الأنجلوسكسونية .

أما في مصر، فلم يسبق

لمحكمة النقض المصرية الإدلاء بقول في المسألة قبل الحكم الصادر في الطعن رقم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق الصادر بجلسة ١٩٦٣/٥/٢٣. ولئن كانت محكمة النقض قد استندت، في حكمها المذكور، إلى أحكام المواد ١٣٣ وما بعدها من قانون التجارة، أما باعتبارها نصوصاً تتسع لتشمل سندات الشحن وإما لأن حكمها ينسحب على هذه السندات بطريق القياس، غير أن هذا الاستناد، في تقديرنا، ليس إلا محاولة لتأصيل مقولة شائعة في عالم التجارة البحرية تأصيلاً قانونياً، وعلى إستحياء، فجاء التأصيل بدلالة إشارة منطوق الأحكام المذكورة .

ولكن الفقه في مصر ظل دائماً وفيها للفكرة اللاتينية الجرمانية القائلة بأن سند الشحن لا يعدو أن يكون ممثلاً للبضاعة قائماً مقامها، ولم ينتصر للقول بأن السند سند ملكية اللهم إلا عرضاً في مباحث التظهير.

ولعله مما يثير بعض التساؤل أن محكمة النقض المصرية ذهبت في بعض أحكامها إلى أن سند الشحن

يمثل البضاعة مشموله ويقوم مقامها ، فجمعت بذلك بين فكرتين متباينتين، الأولى أن السند سند ملكية. والأخرى أنه ممثل للبضاعة .

والرأى الذى نذهب إليه أن كلا من الفكرتين تنتمى إلى أصولها القانونية ذات المفاهيم المختلفة عن الأصول القانونية للأخرى وأن الجمع بينهما محفوف بالخطر، نظريا وعمليا .

ولذلك سوف نتناول فى هذا القسم، مركز السند كسند ملكية فى الشريعة الأنجلوسكسونية، ثم التصور اللاتينى للسند ورؤياه لفكرة أنه سند ممثل للبضاعة وقائم مقامها. فى فصل أول. ويعقب ذلك فى فصل ثان إستقراء للوضع فى مصر وصولاً لما إنتهى إليه المشروع الجديد للقانون البحرى فى المادة ٣/٢٠٣.

الفصل الأول

سند الشحن كسند ملكية

فى الشريعة الأنجلوسكسونية وفى مدرسة القانون المدنى

أولا : الشريعة الأنجلوسكسونية :

١١ - يؤدى سند الشحن

وظائف ثلاثة، فى ظل القوانين الإنجليزية :

* فهو دليل على عقد النقل وأحكامه .

* وهو إيصال دال على إستلام الناقل للبضاعة وشحنها .

* وهو دليل على الملكية ، أو هو سند ملكية . (١٤)

١١ - ويسلم فقه هذه الشريعة، إبتداءً، بأن سند الشحن يمثل البضاعة، وأن حائز السند هو ، فى القانون، حائز للبضاعة (١٥) .

ولكن فقه هذه المدرسة إذ ينطلق عن هذا الأساس المسلم به، فإنه ينتهى إلى أن السند سند ملكية، ومرجع ذلك أن هذا الفقه يفترض دائما أن السند قد صدر لمناسبة بيع بحرى تنتقل البضاعة بمقتضاه من البائع للمشتري (١٦). وقد يرى الباحث من مدرسة القانون المدنى أن وضع القواعد وإرساء المبادئ القانونية لا ينبغى أن يؤسس على افتراضات ظنية قد تتحقق، فتصدق القاعدة، أو تختلف ، فتصبح القاعدة على غير أساس من القانون سليم . وهو ما يجعل النسيج القانونى للفكرة، فى ظن هذا الباحث،

أو هى من بيت العنكبوت .

ولعل هذا الظن راجع إلى أن كينونة سند الشحن سند للملكية إنما تعنى، فى مدرسة القانون المدنى ، أن ملكية البضاعة مشمول السند تثبت لحامله الشرعى المبين إسمه به دون حاجة للبحث فى إفتراضات يربط هذه الملكية بعقد بيع أو عقد ناقل للملكية. فالسند كاف وضرورى لإثبات الملكية لحامله ، طبقا للقاعدة. بمعنى أن مجرد وجود سند شحن يحمل إسم شخص معين صادر هذا السند لأمره ، يقيم قرينة قانونية على أن البضاعة مشمول السند مملوكة لهذا الشخص. إلا أن الفكرة فى الشريعة الأنجلوسكسونية ليست كذلك. وليس الربط بين القاعدة وبين القول بوجود عقد ناقل للملكية هو بناء لقاعدة قانونية على إفتراضات ظنية توهم من مصداقية القاعدة . وإنما الواقع أن سند الشحن حينما يكون سند ملكية فى الشريعة الأنجلوسكسونية فإن ذلك معلق على شرط وهو أن يكون إصدار السند أو طرحه للتداول بمناسبة عقد ناقل للملكية ، وغالبا ما يكون عقد بيع . فإذا تخلف هذا الشرط، فإن سند الشحن لا يصبح بذلك

سند ملكية في الشريعة الانجليزية .

ولبيان ذلك تفصيل.

١٢ - فيقول اللورد شورلي (١٧) :

(... The holder of a bill of lading, although he acquired it bona fide and for value, cannot acquire a right not possessed by his predecessor in title, who indorsed the document...)

ويعني من هذا البيان أن اللورد شورلي يثبت أهمية أن يكون حامل السند قد ناله نظير مقابل من قيمة معينة، وبالرغم من ذلك لا يمكنه أن يطالب بأن ينتقل إليه حق الملكية بينما لم يكن هذا الحق ثابتاً لخلفه الذي ظهر له السند .

ويؤكد على هذه القاعدة فيقول (١٨) :

(A bill of lading is not..... a negotiable instrument which passes by mere delivery to a bona fide transferee for valuable consideration without regard to the titles to the parties who make the transfer).

ونكرر الملاحظة في هذا الخصوص على أن اللورد شورلي نكر بخصوص السند أمرين، الأول أن السند يتحول للحامل الجديد في مقابل الوفاء

بالوعد (١٩). والآخر أنه ينقل الملكية من حامل مالك البضاعة مشمول السند أصلاً إلى الحامل الجديد .

وكلا الأمرين يؤكد الآخر . فسند الشحن حينما يكون سند ملكية لا يكون إلا ومعه مقابل الوفاء بالوعد .

ومقابل الوفاء بالوعد هو ركن في العقد الرضائي المنطوق على صفقة (٢٠) .

ونلاحظ إشارة اللورد شورلي إلى أن مقابل الوفاء بالوعد قيمى . Valuable Consideration (21) .

فمتى كان ذلك، وكان سند الشحن بما يمثله من البضاعة مشموله، هو عنصر في صفقة، وأن مقابله هو قيمة معينة، فإن السند في عرف القانون الإنجليزي لا يكون سنداً للملكية إلا لمناسبة معاوضة أو بالتحديد بيع .

وتأسيساً على هذا النظر، يمكن استخلاص ما يلي :

١ - أن سند الشحن المتخذ دليلاً على الملكية هو الذي يكون بمناسبة صفقة، هي في العمل عقد بيع .

٢ - يستتبع ذلك أن يقدم

أحد طرفي الصفقة السند ومشموله من البضائع مقابل قيمة يقدمها له الطرف الآخر .

٣ - أن مفهوم البيع يقتضى أن يكون البائع - أحد طرفي الصفقة - مالكا أصلاً للبضاعة مشمول السند .

وهذه الملكية سابقة على إنشاء السند ولها أسبابها المستقلة عنه. فملكية البائع لا تتعلق بالسند ولا يقوم السند دليلاً عليها. ولذلك يقول إيفامى :

(The bill of lading must have been put in circulation by one who had a good title of the goods). (22) .

فيجب أن يكون هذا الذي يطرح سند الشحن للتداول مالكا للبضاعة مشموله أصلاً .

١٣ - ولكن هذه الجزئية تفودنا إلى نقطة أخرى ذات أهمية بالغة .

وهي أن سند الشحن ليس دليلاً على الملكية منذ لحظة إصداره عن الناقل. بل هو دليل على الملكية منذ لحظة طرحه للتداول. أى منذ لحظة تقديمه للمرسل إليه الصادر

السند لأذنه، أو منذ لحظة تقديمه مظهراً للمظهر إليه .

وبيان ذلك أن الربان إذا أصدر السند بإسم الشاحن، فإنه لن يكون دالاً على ملكية هذا الأخير للبضاعة لأنه كان يملكها سلفاً وقبل إصدار السند.

كذلك إذا صدر لأمر المرسل إليه إلا أن الشاحن احتفظ به لديه لأسباب متفق عليها أو حاجة بنفسه، فإنه لا يصير دليلاً على الملكية ما دام ما يزال بيد الشاحن .

والشاحن كما رأينا آنفاً هو بائع لبضاعة في مقابل قيمة معينة هي الثمن . فقام بشحنها تنفيذاً لعقد البيع وإستصدر السند دليلاً على تسليم الربان البضاعة. وحتى هذه اللحظة فالسند ليس دليلاً على الملكية .

ولكن بمجرد طرح السند للتداول ، أي بمجرد تقديمه للمرسل إليه الصادر لأمره أو تقديمه مظهراً للمظهر إليه ، يصبح السند، في هذه اللحظة فقط، سند ملكية بالنسبة لحامله المرسل إليه أو المظهر إليه .

وهنا نتذكر مقولة إيفامى السابقة^(٢٣)، والتي ذكرها فى

معرض بيانه فى شروط سند الشحن الناقل للملكية^(٢٤) .

فمتى كان ما تقدم فإن سند الشحن لا يصير سنداً للملكية إلا عند طرحه للتداول وبخصوص صفقة بيعه معينة .

ومن ثم فإن سندات الشحن لا تكون دليلاً على الملكية فى الحالات الآتية :

١ - السندات غير المرتبطة بعقد تتحول الملكية بمقتضاها لحامل السند الجديد لا تكون سندات ملكية .

ولذلك فإن البضاعة المشحونة من المنتج إلى الموزع لمنتجاته فى بلد آخر ، وتصدر سندات الشحن لمناسبة ذلك لأمر المرسل إليه الموزع، فإن هذه السندات لا تكون دليلاً على الملكية.

كذلك البضاعة المشحونة بحراً المرسل لمستأجرها، فإن سند الشحن الصادر بإسمه لا يكون سند ملكية .

وفى البيوع التى تتم بموجب إعتادات مستندية فإن التظهير للبنك وكيل المشتري المرسل إليه لا يجعل من سند الشحن سنداً لملكية البنك للبضاعة ، فالتظهير للبنك لم

يكن وليد بيع فيما بين الشاحن والبنك ، وإنما هو وليد وكالة مقررة للبنك عن المرسل إليه^(٢٥) .

٢ - السندات الصادرة لأمر الشاحن، لا تكون دليلاً على الملكية حتى يطرحها هذا للتداول بتظهيرها وتسليمها للمظهر إليه.

٣ - السندات الصادرة لأمر المرسل إليه لا تكون دليلاً على الملكية حتى تسلم للمرسل إليه، أى تطرح للتداول .

- وخلاصة ما تقدم ، أن سند الشحن لا يكون سند ملكية طبقاً للشرعية الإنجليزية ما لم يتوافر فى شأنه الشروط الآتية :

١ - أن يكون صادراً لمناسبة عقد بيع .

٢ - أن يكون البائع مالكا لمشمول السند أصلاً^(٢٦) .

٣ - أن يطرح السند للتداول .

٤ - وبالرغم من القاعدة السابقة ، فإن القانونون الإنجليزى يتصور سندات شحن صادرة لمناسبة عقد بيع يطرحها للتداول مالك البضاعة المشحونة، ومع ذلك لا تنهض

دليلاً على ملكية البضاعة مشمول السند .

فتنص المادة الأولى من قانون سندات الشحن الصادر سنة ١٨٥٥ على أن حامل سند الشحن لا يحق له أن يمثل أمام القضاء مدعياً أو مدعى عليه عن الحقوق والإلتزامات الناشئة. عن سند الشحن ما لم تكن ملكية البضاعة مشمول السند المعنى قد إنتقلت إلى ذلك الحامل بناء على أو بسبب إصدار سند الشحن بإسمه أو تظهيره إليه^(٢٧). وهو ما يعنى أن هذا القانون يتصور مكنة نقل ملكية البضاعة مشمول السند بغير تظهير السند أو طرحه للتداول ، وإنما بموجب عقد سابق على ذلك ، يصدر السند أو يظهر تنفيذاً له^(٢٨) .

ومفاد ذلك أن سند الشحن، بالرغم من صدوره طبقاً للشروط السابقة، فإنه لا يكون دليلاً على الملكية إذا كانت هذه الملكية قد تحولت للمالك الجديد بموجب عقد سابق على تظهير السند لهذا المالك ، أو يكون التظهير قد صدر بناء على ذلك العقد الذى حوّل الملكية .

١٥ - وقد تتحول الملكية لسبب غير العقد وغير

التظهير، ومثال ذلك حالة بيع جزء من شحنة بحرية محمولة صباً، سواء أكانت شحنة صب سائل أم صب جاف، وذلك بناء على المادة السادسة عشر من قانون بيع البضائع الصادر سنة ١٩٧٩^(٢٩) الذى نص على أن هذه البضاعة المباعه غير المفززة أو غير المخصصة لا تنتقل ملكيتها إلا عند تخصيصها أو فرزها .

ويقول طود بأن هذه القاعد مطلقة Absolute ، بمعنى أنها غير قابلة للنقض، وأنه بناء عليها فإن البضائع الصب غير المفززة تنتقل ملكيتها عند تسليمها فى ميناء الوصول^(٣٠) .

وتأسيساً على ذلك فإن تظهير سند الشحن من البائع للمشتري فى شأن صفقة بترول صب غير مفززة لا ينقل الملكية للمشتري. وإنما يتعين أن تصل السفينة لميناء ويبدأ تفريغ الكمينه مشمول السند، وهنا فقط يتم التخصيص والفرز فتنتقل الملكية .

١٦ - وأخيراً فقد صدر قانون بيع البضائع لسنة ١٩٧٩ متضمناً المادة ١٧ التى نصت على القاعدة العامة فى

خصوص نقل ملكية البضائع المباعه محددة بالذات أو بضاعة مفززة من نوع معين^(٣١) فإن نقل الملكية سيكون وفقاً لإرادة المتعاقدين الصريحة أو الضمنية، ولتحديد الإرادة الضمنية ينظر لنصوص العقد وسلوكهما وظروف الموضوع .

وإزاء هذه المادة لم يعد القاعدة القائلة بأن سند الشحن هو سند الملكية إلا مجالا ضيقاً فى التطبيق.

فإذا اتجهت الإرادة الصريحة لنقل الملكية فى وقت معين فيعمل بمقتضى هذه الإرادة أياً كان الحامل لسند الشحن، فلو اتفق المتعاقدان على البيع بالتقسيط مع الإحتفاظ بحق الملكية للبائع، فإن تظهير سندات الشحن للمشتري لا يرتب أى أثر.

وقد استنبط القضاء جملة قرائن قضائية على أن نية المتعاقدين الضمنية قد اتجهت إلى نقل الملكية فى وقت محدد دون إعتبار لسند الشحن .

وأول هذه القرائن أن عدم سداد الثمن أو تأخيرته قرينة على إحتفاظ البائع للملكية^(٣٢) :

كما أن البيع سيف لا ينقل الملكية ما لم يكن الثمن قد تم تسديده^(٢٣). ويقول G. H. Treitel في شرح هذه المسألة عند تعليقه على قضية The Delfini^(٢١) «نقل الملكية تحت العقود سيف تتم، عامة، عند تحويل المستندات بما فيها سند الشحن، مقابل سداد الثمن. وتنقل الملكية فقط عند هذه النقطة، ليس بسبب قاعدة قانونية تجرى هذا الأثر، ولكن بسبب قرينة على نية المتعاقدين، وخاصة نية البائع، إذ يقدر أنه أراد الاحتفاظ بالملكية حتى تحصيل ثمن البضاعة من باب التأمين على هذا التحصيل.

وفي قرينة أخرى قرر القضاء بأن الاتفاق على تأجيل سداد الثمن مع احتفاظ البائع بسندات الشحن لا يعنى أن البائع أراد الاحتفاظ بالملكية، إذا كان الاحتفاظ بالسندات من مقتضيات تيسير تمويل هذا النوع من البضائع^(٢٥).

١٧ - وقد أضاف المشرع قرينتين يسيطتين في المادة ١٩ من قانون بيع البضائع ١٩٧٩.

الأولى أن تعليق البائع - في عقد البيع - تسليم البضاعة

على شرط، ينهض قرينة على عدم انتقال الملكية للمشتري إلا عند تحقق الشرط. والثانية أنه إذا شحنت البضائع وصدر سند الشحن لأمر البائع فهذه قرينة على أن البائع أراد الاحتفاظ بالملكية.

غير أن هذه القرينة الأخيرة محض تطبيق للقاعدة التي سبق لنا أن ذكرناها في صدر هذا الفصل بأن سند الشحن لا يصير سند ملكية ما لم يطرح للتداول.

١٨ - الخلاصة التي يمكن استنباطها من جميع ما تقدم هي أن فكرة كينونة سند الشحن سند للملكية في القوانين الأنجلوسكسونية تلاسها تفصيلات دقيقة. منها أن هذه القاعدة ليست مطلقة كما يتبادر للذهن ومنها أن سند الشحن ليس دليلاً بذاته على الملكية، بل يجب أن يكون مطروحاً للتداول من قبل شاحن مالك البضاعة لمناسبة عقد بيع بحري وقد إتجهت نية أطرافه على نقل ملكية البضاعة بموجب تظهير السند أو إصداره باسم المرسل إليه.

ويقول إيفامى^(٢٦) أنه يشترط لتحويل ملكية البضاعة بموجب سند الشحن [وهو ما

يصير السند به دالاً على الملكية] أن تتوافر الشروط الآتية :

١ - أن يكون السند إنشياً قابلاً للتحويل.

٢ - أن تكون البضاعة أثناء الرحلة البحرية.

٣ - أن يطرح سند شحن للتداول بواسطة مالك البضاعة.

٤ - أن تتجه نية المتعاقدين إلى نقل الملكية بالتظهير أو بإصدار سند الشحن لأمر المرسل إليه المشتري.

١٩ - ووفقاً لهذا التصور، فإن سند الشحن، في الواقع، ليس دليلاً على الملكية في القانون الإنجليزي إلا في أضيق نطاق من الناحيتين النظرية والعملية.

فإذا كان المشروع الجديد للقانون البحري قد إقتبس القاعدة دون تحفظ، بإجمال دون بيان، فإنه يكون قد جانبه الصواب.

ثانياً : مدرسة القانون المدني :

٢٠ - تذهب مدرسة القانون المدني، بموجب تحليل لطبيعة سند الشحن

تحليلاً يرتد للأصول القانونية لهذه المدرسة، إلى أن سند الشحن ليس سند ملكية، وإنما هو أداة تسليم البضاعة تسليمًا قانونيًا ومادياً من البائع للمشتري وهي ما تزال في عرض البحر، فمقتضى القول بأن سند الشحن - في إحدى وظائفه - هو ممثل للبضاعة ويقوم مقامها، مقتضى ذلك أن السند هو أداة البائع في الوفاء بالتزامه قبل المشتري بتسليم البضاعة المبيعة . وهي وظيفة تختلف اختلافًا جذريًا في مفهوم هذه المدرسة عن أن يكون السند سند ملكية .

٢١ - وبيان هذا الاجمال يقتضى تناول - ابتداءً - العلاقة بين نقل الملكية وبين التسليم كآثرين من آثار عقد البيع ، وفقا لمفاهيم المدرسة القارية^(٣٧) أو مدرسة القانون المدني .

فالأصل في عقود البيع أن ترمى إلى نقل ملكية شيء أو حق آخر من البائع للمشتري، ووضعه تحت تصرف الأخير لتمكينه من الانتفاع به. وتسرى هذه القاعدة على كافة البيوع على اختلاف أنواعها، المحلية والدولية والبحرية .

فالبيع يرتب نقل ملكية

المبيع وتسليمه^(٣٨) .

وفرق ، على حسب المفاهيم الحديثة لهذه المدرسة ، بين نقل ملكية المبيع وبين تسليمه^(٣٩) .

فالإلتزام بنقل الملكية إلزام ينشأ عن عقد البيع على عاتق البائع ، ولكنه إلزام يتم تنفيذه بمجرد نشوءه وبقوة القانون، إذا كانت العين المبيعة شيئًا معينًا بالذات يملكه البائع. فمجرد نشوء الإلتزام على عاتق البائع بسوجب عقد البيع ، وكانت العين المبيعة محددة بالذات، إنقضى أى ينفذ الإلتزام بمجرد نشوءه وتنتقل الملكية للمشتري بقوة القانون .

أما إذا كان المبيع شيئًا معينًا بنوعه، فإن إنتقال ملكيته من البائع للمشتري يكون بإفرازه. ويرتب الإفراز هذا الأثر ولو قبل التسليم. ويتم الإفراز بتعيين كم من المال المثلى يعادل المقدار المتعاقد عليه، بقصد تسليمه للمشتري، فيصبح بذلك المبيع شيئًا معينًا بالذات. وتنتقل بذلك ملكيته للمشتري - أى فور الإفراز - ولو تراخى التسليم. ولئن كان مألوفًا أن يتعاصر الإفراز والتسليم ، إلا أن نقل

الملكية ، قانونًا، يتم بالإفراز لا بالتسليم، الذى يقتصر أثره على نقل الحيازة للمشتري. فلا تنتقل الملكية بالتسليم وإنما قد تنتقل بالإفراز الذى يتم عند التسليم .

وأما التسليم فهو التزام آخر ناشئ عن عقد البيع، مغاير للالتزام بنقل الملكية .

ويتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق . فيشترط لتمام التسليم أن يوضع الشيء تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته ويستطيع معها أن ينتفع به دون عائق. ولا يتطلب الأمر أن يستولى المشتري على المبيع إستيلاءً مادياً ، وإنما يكفى أن يكون متمكنًا من ذلك. ويشترط كذلك أن يعلم البائع المشتري بوضع المبيع تحت تصرفه على النحو المتقدم ذكره .

ومن ذلك يتضح أن مناط نقل الملكية تحديد العين المبيعة وتعيينها بينما مناط التسليم حيازة المشتري للعين المبيعة^(٤٠) .

ومن آثار نقل الملكية أن ثمرات المبيع تكون لمالكها .

فإذا نقلت الملكية فالثمرات للمالك الجديد^(٤١) وأما آثار التسليم فإن الهلاك على الحائز من طرفي العقد، أي البائع قبل التسليم أو المشتري بعد التسليم ما لم يعذر أحدهما الآخر بالتسليم^(٤٢).

عودة لسندات الشحن :

٢٢ - تبين فقهاء مدرسة القانون المدني، شأن الفقهاء الأنجلوسكسون ذلك العرف المستقر في مجال التجارة البحرية وهو العرف الذي قرر قاعدة أن سند الشحن يمثل البضاعة ويقوم مقامها، وأن حيازة السند هي بمثابة حيازة البضاعة في القانون^(٤٣). ومن هنا فإن هذه المدرسة قد إنتهت إلى أن وظائف السند الثلاثة هي :

- ١ - أنه دليل عقد النقل .
- ٢ - أنه إيصال دال على إستلام الناقل للبضاعة وشحنها .
- ٣ - أنه يمثل البضاعة ويقوم مقامها^(٤٤).

فالسند يمثل البضاعة المشحونة بحيث أنه تندمج فيه بما يسمح للقول بأن حيازة السند حيازة لها، ولكن بطريق الرمز، حيازة

رمزية^(٤٥) وقد إنتهت محكمة النقض إلى ذات المفهوم فقالت بأن سند الشحن «أداة إئتمان فهو يمثل البضاعة ويقوم مقامها بحيث تندمج البضاعة في سند الشحن ويعتبر حامله بمثابة حائز البضاعة وإن كانت هذه الحيازة رمزية.....»^(٤٦).

والواقع أن قاعدتي إندماج البضاعة في السند والحيازة الرمزية للبضاعة هما قاعدتان فائقتا الإستنارة والعبقرية في بيان مفهوم تمثيل السند للبضاعة وقيامه مقامها :

فالإندماج إنما يفيد أن البضاعة تتجسد في السند بحيث يصبحان وجهين لعملة واحدة بما يحول دون تحول أحدهما دون الأخرى .

والحيازة الرمزية^(٤٧)، هي نتيجة منطقية للإندماج. فمادامت البضاعة والسند مندمجان فحائز السند حائز للبضاعة .

والواقع أن فكرة الحيازة الرمزية تنصرف إلى الحيازة المادية للبضاعة . فالحامل يحوز البضاعة حيازة مادية ولكن بطريق الرمز . فمن غير المعقول أن تكون المعنية بالحيازة الرمزية هي الحيازة

القانونية دون المادية . فلا يقال أن حامل السند يحوز البضاعة حيازة قانونية وأنه يمارس حيازته المادية بواسطة الربان . وإنما الصحيح أن حامل السند يحوزه حيازة قانونية . وأنه يمارس حيازته المادية بطريق الرمز، أي بالحيازة الرمزية^(٤٨).

٢٣ - والقول بتمثيل سند الشحن للبضاعة وقيامه مقامها، بما يعنى إندماجها فيه وحيازة الحامل لها حيازة رمزية، على النحو السالف الذكر، يقتضي توافر ثلاثة أركان في سند الشحن . الركن الأول^(٤٩)، أن تحدد البضاعة ومواصفاتها بدقة بالسند فيذكر النوع . والعدد . والوزن . والعلامات والأرقام التي تحملها . فليس من المتصور أن يمثل السند بضاعة مجهلة، وإندماجها في السند يقتضي تحديدها بحيث يتمكن من يطلع على السند من الوقوف على نوع وكم وحالة البضاعة الظاهرة وكأنه يراها رأى العين^(٥٠).

والركن الثاني، هو بيان الحامل الشرعى للسند الحائز للبضاعة، وأثر ذلك أن الحامل الشرعى للسند ليس بحاجة

لإثبات آخر ليتمكن من تسلم البضاعة من ربان السفينة في ميناء الوصول، فلا يملك الربان إلا أن يسلم البضاعة للحامل الشرعي الثابت إسمه بالسند أو المظهر إليه السند تظهيرا صحيحا. وأهمية هذا الركن أنه يكاد يخلق وظيفة أخرى جديدة من وظائف سند الشحن، وهو أن السند يعين الحامل الشرعي، الوحيد الذي يستحق، قانونا تسلم البضاعة في ميناء الوصول، والقادر على تحويل هذا الحق وحيازة البضاعة بتظهير السند لسواه .

والركن الثالث أن يكون السند إذن أو لحامله. فهذا الركن هو الذي يمكن الحامل الشرعي من طرح السند للتداول، وتداول السند بيسر تداول البضاعة أو رهنها والخصول على ائتمان. فإندماج البضاعة في السند وحيازتها حيازة رمزية لا قيمة لهما ما لم يتمكن الحامل من تداولها بطرح السند للتداول لينتقل والبضاعة معه من يد ليد (٥١) .

٢٤ - لا مراء أن تخلف ركن واحد من هذه الأركان يسقط عن السند مكنة أن يكون

ممثلا للبضاعة أو قائما مقامها .

٢٥ - وتأسيسا على قاعدة أن سند الشحن الإذن يمثل البضاعة ويقوم مقامها، بحيث تكون حيازته حيازة لها ، فإن إستخدامه القانوني إنما يكون - في خصوص عقود البيع - في الوفاء بالتزام البائع في بيعا بحريا بتسليم المبيع للمشتري تسليما قانونيا وماديا بالرمز .

وإما إرتباط هذا التمثيل، وهو متعلق بالحيازة ، بنقل ملكية السند من يد ليد فأمر لا يتفق والقواعد الخاصة بنقل الملكية. ولقد أشرنا سلفا للفارق القائم بين نقل الملكية ونقل الحيازة، أو التسليم. ففي حين يرتبط نقل الملكية بتعيين البضاعة وإفرازها. وهي مسألة قد تتم في مخازن البائع أو في ميناء الوصول أو رصيف الشحن النهري أو السكك الحديدية، أو على السفينة، في حين يكون كل ذلك، فإن التسليم يرتبط بحيازة البضاعة لأنه لا يعدو أن يكون وضع البضاعة تحت تصرف المستلم مع إعلامه بذلك. وهذه واقعة مادية يمكن أن تتم بتظهير السند ومناولته

للمستلم، فتكون البضاعة قد وضعت تحت تصرف المستلم بحيث يستطيع حيازتها والإنتفاع بها دون عائق، وذلك بمجرد صيرورته حاملا شرعيا للسند .

ولهذا يميل فقه مدرسة القانون المدني إلى رفض فكرة أن السند سند ملكية، والاكتفاء به بإعتباره أداة لتنفيذ الوفاء بالتزام البائع بتسليم العين المباعة للمشتري .

الفصل الثاني

الموقف في مصر

استقراء أحكام محكمة النقض المصرية :

٢٦ - إن استقراء أحكام محكمة النقض المصرية ينبىء بأنها في قضائها أخذت بالفكرة الأنكلوسكسونية القائلة بأن سند الشحن هو سند ملكية (٥٢) . وقد انتهى هذا القضاء إلى تقرير هذا المبدأ بدلالة إشارة منطوق الحكم إذ كان يسوق المنطوق لإثبات المبدأ الخاص بالتظهير التام طبقا للمادة ١٣٤ من قانون التجارة.

ثم أن محكمة النقض، في قضاء آخر، أخذت بالفكرة القائلة بأن سند الشحن هو ممثل للبضاعة ويقوم مقامها

فتندمج البضاعة بالسند ويكون حمل السند بمثابة حيازة للبضاعة حيازة رمزية، بما يكون معه حائز السند في مركز حائز البضاعة^(٥٣).

وهذا المذهب وان يتفق والأصول القانونية المعمول بها في مصر إلا أنه ينفي عن المحكمة، عند مقابلته بالحكم الأول، القول بوجود تصور واحد لديها عن طبيعة سندات الشحن ووظائفه، وهو ما تنهاتر معه كل الأسانيد التي ترجع هذه الأحكام إلى أصول قانونية واحدة.

تلبس محكمة النقض بالتناقض :

٢٧ - إن عدم استقراء اتجاه قضاء النقض بخصوص سندات الشحن، وإضطرابه بين الأمواج المتلاطمة التي تسوقها رياح الأفكار المتباينة لمدرستين قانونيتين مختلفتين، قد أحدث أثره لديها فئات بكلكها الغيوم الحائلة دون صفاء الرؤية وجلاء الرأي، وهو ما ألقى بظلاله على قضاء حكم آخر لمحكمة النقض تجلى معه تناقض جديد لكلا الاتجاهين السابقين.

إذ قالت المحكمة في خصوص البيع سيف:

«البيع سيف يتم بتسليم البضاعة عند الشحن، وتنتقل ملكيتها إلى المشتري بوضعها على ظهر السفينة بحيث تصبح مخاطر الطريق على عاتقه....^(٥٤)»

وبذا نرى محكمة النقض قد أرست مبدأ جديدا يناقض مبدأها القائل بأن سند الشحن سند ملكية، وكذا مبدأها القائل بأنه ممثل للبضاعة وقائم مقامها، بمعنى أنه سند حيازة.

بل أن محكمة النقض طرحت تماما تسند الشحن بتصوريه، جانباً ولم ترتب على وجوده أي أثر سواء من حيث الملكية إعمالاً للنظرية الانجليزية، أو من حيث الحيازة والتسليم إعمالاً لنظر المدرسة القارية.

وبيان ذلك أن محكمة النقض أقامت قرينة قضائية على أن جميع آثار البيع سيف، وهي إنتقال الملكية، والتسليم، وإنتقال تبعة الهلاك، جميعها منوط بواقعة واحدة وهي شحن البضاعة على السفينة.

ومحل التناقض بين هذا القضاء وبين فكرة أن سند الشحن سند ملكية، إن مجرد الشحن لا يعنى بذاته أن سند

الشحن صدر لأمر المشتري، بما يسمح بالقول بأن الملكية لم تؤول للمشتري بالشحن وإنما بإصدار السند لأمره. فقد يصدر السند لأمر البائع، ويتراخى هذا في تظهيره. فتكون ثابتة للمشتري بموجب المبدأ الذي قرره محكمة النقض، وتكون ثابتة للبائع بمقتضى المبدأ الآخر الذي قرره المحكمة وإنتهت فيه إلى أن السند سند ملكية.

ومحل التناقض بين هذا القضاء وبين الفكرة القائلة بأن سند الشحن يمثل البضاعة ويقوم مقامها، أنها جعلت تسليم البضاعة للمشتري بشحنها، بينما قررت مبدأ آخر في حكم آخر بأن السند يمثل البضاعة وأن حيازته حيازة لها. فلو أن السند كان صادراً لأمر الشاحن لتعارض المبدأان. بل أن المشتري لا يكون قد تسلم البضاعة عملياً، إذ يستحيل القول بأنه تسلمها بشحنها، بينما سند الشحن لأمر الشاحن بما يحول دون وضع البضاعة تحت تصرف المشتري وتمكينه من الإنتفاع بها دون عقبات

خلاصة :

٢٨ - المشاهد، عقب

جميع ما تقدم، أن مشروع القانون التجارى البحرى الجديد قد جاء - على إستحياء - بقاعة أن سند الشحن هو سند ملكية .

ولا يقال، فى نفى هذا الاتجاه، أنه لم يثبت بصريح العبارة، وإنما بدلالة الإشارة. لا يقال ذلك، لأن دلالة الإشارة من منطوق النص، ومن طرق إستنباط الأحكام من النصوص.

وأما أن هذا المبدأ قد ثبت بدلالة الإشارة فإن ذلك لا ينفى عنه أنه جاء حكما مطلقا، غير مقيد بأى قيد، أو مبين بأى بيان. فلا يجوز تقييده دون نص مقيد، وإلا خولفت إرادة المشرع.

هذا وإذ يتضح من الدراسة القائمة أن الشريعة التى أنبتت هذه الفكرة لم تتركها على إطلاقها. ولو تركتها لم خالفت منطق هذه الشريعة وركائزها القانونية .

وأما فى مصر، فإن اقتباس هذا النبت وغرسه فى أديم شريعة تأباه قواعدها لأمر ستتجرع الممارسة العملية مرارته.

إذ بموجب نص القانون،

أصبح سند الشحن قرينة على ملكية حامله للبضاعة المبينة به، حال أن الملكية طبقا للقانون تنتقل متى تم إفراز العين المبيعة بقصد تسليمها للمالك الجديد. وهذا الإفراز غالبا ما يقع على نحو مستقل عن سند الشحن وإسم حامله الشرعى. وهنا يتصور أن تنتقل ملكية البضاعة للمشتري لحظة إفراز البضاعة بما يجعلها معينة بالذات، فى حين أن سند الشحن ما يزال يحمل إسم البائع، أو قد لا يكون قد صدر بعد.

لا ريب أن الممارسة العملية ستمدنا بصور عديدة لهذا التناقض المثير للبس فى قادم الأيام.

القسم الثانى

تظهير سند الشحن

٢٩ - سبقت الإشارة^(٥٥) إلى أن المحكمة العليا، فى قضاء الحكم فى الطعن الرقيم ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق، محل هذه الدراسة، إستلزم تطبيق نص المادة ١٣٤ من قانون التجارة الخاصة بتظهير الكمبيالة تظهيرا تاما، فى شأن تظهير سند الشحن . وبناء على ذلك فقد إستلزم هذا

القضاء فى التظهير الناقل لملكية^(٥٦) الحقوق الثابتة بالسند أن يكون تظهيرا تاما على النحو الذى أشارت إليه المادة .

٣٠ - لكن محكمة النقض أرست ، فى خصوص الشيك، مبدأ يغير ذلك الذى وضعت قواعده بشأن سند الشحن، فجرى قضاؤها ، فى جملة أحكام على أن لا محل لإعمال قواعد المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة والخاصتين بتظهير الكمبيالة على الشيك لإختلاف طبيعة كل منهما عن الأخرى. فقالت المحكمة : لا محل لإعمال حكم المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة الخاصتين بتظهير الكمبيالة على الشيك، وإذ لم يضع القانون التجارى أحكاما خاصة بتظهير الشيك، وكان العرف قد جرى على أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيرا ناقلا للملكية، وذلك تيسيرا لتداوله ، وتمكينا له من أداء وظيفته كأداة وفاء، فإن هذا الحكم يكون هو السوابج التطبيقى.....^(٥٧)

فالمحكمة ، على ما إستبان من منطوق الحكم ، إستبعدت

المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة، وإرتأت، حيث لا توجد نصوص خاصة بالشيك، وجوب تطبيق عرف تجارى سار لدى المتعاملين بالشيكات، مقتضاه أن مجرد التوقيع على ظهر الشيك يعتبر تظهيراً ناقلاً للملكية.

٣١ - التقط نفر من الثقة من علماء القانون هذه الأفكار ووجهوا حملات نقد عنيفة لمذهب محكمة النقض الخاص بسند الشحن وتظهيره تظهيراً ناقلاً للحقوق الثابتة فيه^(٥٨). وقالوا تأسيساً بقضاء النقض الخاص بالشيك، بأنه وإن كانت طبيعة الشيك لا تطابق طبيعة الكمبيالة، فإن طبيعة سند الشحن تغاير طبيعة الكمبيالة من باب أولى. الأمر الذى يفضى لاستبعاد أعمال المادتين ١٣٤ و ١٣٥ من قانون التجارة عن نطاق سند الشحن.

ومن جهة أخرى، استخلص هذا الفريق من الفقهاء أن العرف السائد فى مجال التجارة البحرية قد استقر على أن التوقيع المجرّد على بياض بظهر سند الشحن من شأنه أن ينقل ملكية الحقوق الثابتة بالسند. وإنتهى هذا

الرأى، يشايحه فى هذا المسار جمهور الفقهاء^(٥٩)، إلى أن الأجدى أن يطبق على سندات الشحن تيسيراً للتعامل بموجبه، وتمكيناً له من أداء وظيفته الائتمانية ومسايرة للتشريعات الحديثة^(٦٠).

٣٢ - والظاهر أن هذا الاتجاه فى الفقه كان له أبعد أثر على واضع مشروع القانون الجديد ففطن هذا المذهب فى المادة ٣/٢٠٣ منه.

٣٣ - ونحن وإن كنا نؤيد استبعاد المادتين ١٣٤ و ١٣٥ عن التطبيق على سند الشحن، إلا أننا لا نتفق والمذهب القائل بأن الشيك يختلف فى طبيعته عن الكمبيالة. ولا يتفق والمذهب القائل بأن التوقيع المجرّد على بياض تظهير ناقلاً للحقوق الثابتة بسند الشحن.

أولاً : نقض قضاء النقض بخصوص طبيعة الشيك :

٣٤ - إن الفكرة القائلة بأن طبيعة الشيك مغايرة لطبيعة الكمبيالة بما يثمر استبعاد قواعد تطبيق الكمبيالة عن التطبيق على الشيك هى فكرة

جانبها الصواب .

والظاهر أن أساس اختلاف طبيعة الشيك عن الكمبيالة عند محكمة النقض أن الأول أداة وفاء فقط طبقاً لوظيفته التى خلق لها بينما الكمبيالة أداة ائتمان وسند مديونية .

والواقع أنه لئن كانت وظيفة الشيك لا تطابق وظيفة الكمبيالة إلا أن ذلك لا ينفى استغراق وظيفة الأخيرة لوظيفة الأول. ومن ثم فإن طبيعة الكمبيالة تتسع لتشمل طبيعة الشيك بالإضافة لما تنفرد به من طابع.

فالكمبيالة، من جهة، أداة وفاء كمثل الشيك إذ يستطيع المستفيد فيها إستيفاء دينه من مدينه والوفاء لدائنه بتظهير الكمبيالة لهذا الدائن، فينتقل الحق الثابت فى الكمبيالة للمظهر إليه إستيفاء بدين ووفاء بآخر^(٦١).

ولا يقال، من جهة أخرى، بأن الشيك يتميز عن الكمبيالة بأنه مستحق الدفع بمجرد الإطلاع بينما الكمبيالة، على عكس ذلك، هى سند مديونية وأداة ائتمان .

ولا يقال ذلك لسببين : الأول، أنه يجوز أن تسحب

الكمبيالة على مصرف، شأن الشيك، مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع دون أن ينطوى ذلك على مخالفة القانون، وهنا تتفق طبيعة الورقتين تمام الاتفاق، فكلاهما مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع، وكلاهما، بهذه الصورة، أداة وفاء وليست سند مديونية .

وحتى الفرق الشكلي بين الورقتين، وهو بيان وصول القيمة الثابت بالكمبيالة دون الشيك فقد لفظته التشريعات الحديثة التي حذفت هذا البيان من البيانات الإلزامية للكمبيالة، وبالتالي أصبحت الكمبيالة المسحوبة على مصرف، والمستحقة الدفع بمجرد الإطلاع لا تختلف من حيث الشكل ولا من حيث الوظيفة ولا من حيث الطبيعة، إذ تتطابق الكمبيالة والشيك في خصوصها جميعا.

وقد أوجدت هذه الصورة الحديثة للكمبيالة، التي تخلو من بيان وصول القيمة، إذا سحبت على بنك مستحقة الدفع بمجرد الإطلاع، أوجدت مازقا قانونيا بالنسبة للمؤتمرين المجتمعين لأجل قانون جنيف الموحد الخاص بقواعد الأوراق التجارية، فأوصوا

للتميز بينهما بأن يكتب على الشيك كلمة شيك، وأن يكتب على الكمبيالة كلمة كمبيالة، منعاً للخلط بينهما^(١٢)، والباعث على هذا التمييز الملفق، الدخيل على الطبيعة الواحدة لكل من الشيك والكمبيالة، أن المشرع رتب على الشيك آثاراً جنائية، ومن حيث التمغية، لم يرتبها للكمبيالة .

والسبب الثاني، الذي لا يقال لأجله باختلاف طبيعة الشيك عن الكمبيالة، هو أن مجرد تقديم الشيك للمستفيد، لا يعتبر بذاته وفاء بالدين مبرءاً لئمة الساحب قبله. فإن الوفاء المبرىء للئمة لا يكون إلا بالنقود. وقد حكمت محكمة النقض بأن مجرد تقديم الشيك للمستفيد لا يعتبر وفاء وإنما يتم الوفاء حينما يتقدم المستفيد للبنك لصرف الشيك ويصرفه فعلاً^(١٣).

ولا يخفى على كل متأمل عدم إختلاف الشيك عن الكمبيالة، في هذا النطاق، قيد أنملة، فالوفاء لا يتم إلا بأن يقدم الشيك للمسحوب عليه ويصرف قيمته للمستفيد أو المظهر إليه. والشيك، من جهة أخرى، وإن كان أداة

وفاء، بإعتباره مستحق الدفع بمجرد الإطلاع، إلا أنه قد تمضي فترة من الزمن بين لحظة إصدار الشيك وبين تقديمه بواسطة المستفيد للبنك المسحوب عليه للصرف. وخلال هذه الفترة، يغلب أن يظهره المستفيد لمظهر إليه من الغير. أفلا يكون الشيك، في هذه الأثناء، أداة ائتمان، كمثل الكمبيالة ؟ اللهم بلى.

إن الشيك والكمبيالة كلاهما ورقة تجارية لهما طبيعة واحدة، يخضعان جميعاً لقانون الصرف ويرتبان آثاره ولا يقدح من ذلك أن تكون الكمبيالة ذات نطاق وظيفي أوسع من الشيك بحيث تؤدي، إلى جوار وظيفتها كأداة ائتمان وكسند مديونية، وهي الوظائف التي رأينا أن الشيك قد يضطلع بها، فإنها تؤدي كذلك وظيفة الشيك، معه، كأداة وفاء.

فمضى كان هذا النظر، فإن قول محكمة النقض بأن الشيك يختلف عن الكمبيالة من حيث الطبيعة بما مؤداه إختلاف حكم كل منهما بخصوص التظهير هو قول محل نظر. ولعل الصحيح أن لكل من الشيك والكمبيالة طبيعة واحدة بما

وصيرورة سند الشحن
الاذنى، سند لحامله بالتوقيع
على بياض بظهره هو أمر
تحتّمه مبادئ القانون ومنطق
التداول وواقع الأمور.

ولذلك فيمكننا أن نقرر أن
التوقيع على بياض ليس
تظهيراً ناقصاً ولا ينتمى لأى
نوع من أنواع التظهير. بل
وليس التوقيع على بياض
طريقاً من طرق تداول
الأوراق التجارية أو سندات
الشحن. فهو لا يؤدى إلا إلى
تغيير شكل الورقة، أو السند.
ولا يغير من ذلك أن تناولت
المادة ١٣٥ من قانون التجارة
أحوال التظهير الناقص بعد أن
تناولت المادة ١٣٤ منه
بالتظهير التام. ذلك أن المادة
١٣٥ من قانون التجارة
تناولت فى الواقع أمرين
وبينت حكمهما. فهى بينت
حكم التظهير غير التام وحكمة
أن المشرع جعل من ذلك
قرينة على أنه للتوكيل. وكذلك
تناولت التوقيع المجرد على
بياض الذى يغير شكل الورقة
فيجعلها ورقة لحاملها، وبينت
حكمه بأنه يباح لحاملها أن يعيد
كتابة ما نقص من بيانات لتعود
الورقة أو السند أدنى مرة
أخرى.

منه بصياغة معيبة. لا تحقق
الغاية من وضعها إن لم تزد
الأمر تعقيداً. فصحيح أن
حامل سند الشحن أو الشيك أو
الكمبيالة إذا وقع توقيعاً مجرداً
بظهر الورقة ثم ناولها لشخص
من الغير فإنه ينقل إليه الحقوق
الثابتة فيها. إلا أن ذلك لا
يتحقق بسبب عرف تجارى أو
إحدى يقول بأن التوقيع
المجرد على بياض بظهر سند
الشحن أو الشيك أو الكمبيالة
هو تظهير ناقل للملكية. فلا
التوقيع على بياض ناقل
للملكية ولا هو تظهير.
ويتضح ذلك بتحليل كل من
التوقيع على بياض ونقل
الملكية الذى يتم بعد ذلك.
وهذا التحليل يسرى بشأن سند
الشحن وكذا. بشأن الشيك
والكمبيالة والأوراق التجارية
جميعاً.

وظيفة التوقيع على بياض :

٣٦ - التوقيع على بياض
بظهر السند أو الورقة
التجارية لا يعتبر تظهيراً
ناقصاً. وإنما التوقيع على
بياض يؤدى عملاً واحداً هو
تغيير شكل الورقة أو السند من
سند الشحن اذنى إلى سند
شحن لحامله^(٦٤).

يفضى إلى وجوب إعمال حكم
المادتين ١٣٤ و ١٣٥ على
الشيك شأن الكمبيالة. وبهذا
يكون الأساس الذى إنطلق عنه
كل الفكر الذى تأسى بالحكم
الخاص بالشيك وطالب بإعماله
على سند الشحن، يكون قد
إنهار.

ثانياً : نقد القول بأن التوقيع على بياض هو تظهير ناقل للملكية :

٣٥ - إذا كانت محكمة
النقض قد ارتأت فى خصوص
الشيك، وتأسى بها الفقه فى
خصوص سند الشحن، أن
التوقيع المجرد على بياض
بظهر الشيك أو سند الشحن
الاذنى تظهير ناقل للملكية.
فتنتقل الحقوق الثابتة بالسند
بمجرد هذا التوقيع. فإن هذا
الرأى، بدوره، قد جانبه
الصواب، وذلك أن هذا القول
وإن انتهى إلى نتيجة تكاد
تكون صحيحة، إلا أنه تأسس
على أسباب لا تقوى على
حمله، وسواء فى ذلك سند
الشحن والشيك. ومع ذلك فإن
هذا التسبيب المعيب لم يخل
من كل تأثير، إذ أفضى إلى
تأثر مشروع القانون البحرى
الجديد بهذا المذهب الأمر الذى
إنتهى إلى تقنين المادة ٣/٢٠٣

وهنا يثبت الفارق الوحيد بين الورقة أو السند الإذني الموقع بظهره على بياض وبين الورقة أو السند الصادر أصلاً لحامله فهذا الأخير يولد ويحيا وينقضى سنداً لحامله بينما الأول قد يعود سنداً أدنياً مرة أخرى.

وهذه القواعد وإن نص عليها قانون التجارة إلا أن منطق القانون لا يأبأها والقول بسرئانها على سندات الشحن يكون قولاً سائغاً^(٦٥).

نقل الحقوق الثابتة في السند الموقع بظهره على بياض:

٣٧ - يجوز لحامل الورقة الموقعة بظهرها على بياض أن ينقل الحقوق الثابتة فيها بطريق المناولة، دون أدنى حاجة لأي بيان آخر.

فالتوقيع على بياض كما شاهدنا، يقتصر أثره على تغيير شكل الورقة إلى سند لحامله. ولكن الحقوق الثابتة بالسند لا تنتقل بمجرد التوقيع على بياض بظهره. وإنما المناولة التي تتم بين حامل وآخر هي التي تنقل الحقوق، طالما أن الورقة قد تغير شكلها بالتوقيع بظهرها على بياض، وأصبحت ورقة لحاملها.

فما ينقل الحقوق المناولة فقط.

واللحظة التي تنتقل عندها الحقوق الثابتة في الورقة هي اللحظة التي تتم فيها المناولة.

والمناولة تتداول بها الورقة من يد ليد جملة مرات. وأما التوقيع على بياض فلا يتم إلا مرة واحدة لهدف واحد وهو تغيير شكل الورقة فقط، ولا شأن له في نقل الحقوق الثابتة فيها.

ولا يغير من ذلك القول بأن المشرع الفرنسي نص في القانون الصادر سنة ١٩٢٢ على أن التظهير على بياض هو من ألوان التظهير الناقل للملكية بالنسبة للأوراق التجارية، ذلك أن هذه الدراسة ليست بصدد الاستشهاد بالتشريعات أو بالأحكام، وإنما هي بصدد تفحصها وإنزال حكم لها أو عليها.

خلاصة :

٣٨ - نخلص مما تقدم جميعه بأن التظهير على بياض وحده لا ينقل الملكية ولا الحقوق الثابتة بسند الشحن. وتقرير هذه الخلاصة لا يرجع إلى نص قانوني ينص عليها، وإنما لأن ذلك من

مسلمات القانون التي تنزل منزلة الحقيقة الدامغة كأمر واقع لا يقبل المناقضة. وكذا يمكن القول بأن التوقيع على بياض ليس تظهيراً، وليس من طرق تداول السندات.

فللتوقيع على بياض بظهر سند الشحن الإذني وظيفة وحيدة وهي أنها تغيير شكل السند إلى سند لحامله.

وبناء على هذا النظر فإن نقل الحقوق الثابتة بالسند الإذني يقتضى توافر شرطين:

١ - أن يكون قد صار تغيير شكل السند إلى سند شحن لحامله.

٢ - أن يتم تداول السند بالمناولة.

وهنا، تنتقل الحقوق الثابتة بالسند.

٣٩ - وبذلك يبين بجلاء أن نص المادة ٣/٢٠٣ الذي قنن القول بأن التوقيع على بياض ينقل الحقوق الثابتة بالسند قد جاء مجانباً للصواب. وقد كان الأجدى أن ينص على أنه يغير شكل سند الشحن إلى سند لحامله يتم تداوله بالمناولة.

خاتمة الدراسة

٤ - لعله من الثابت، إن صح ما أفردت له هذه الدراسة، أن مشروع قانون التجارة البحرى قد قنن لأحكام تداول سندات الشحن الإنفية بصياغة تقضى إلى عكس مراد واضعه. وأدخل على المفاهيم القانونية المصرية البحرية، للمرة الأولى أفكاراً دخيلة على مسلمات القانون فى مصر.

فحيث أراد المشروع تيسير التداول بتظهير سندات الشحن بما يجعلها ناقلة للحقوق الثابتة بها سواء أكان ذلك بالتوقيع على بياض أو

بالتظهير التام حسب قانون التجارة، إذ أنه بموجب صياغة نص المادة ٣/٢٠٣ يستبعد مكنة التداول الناقل للحقوق بالتظهير على الإطلاق، ويحصره فقط فى السند لحامله، ويشترط فى السند الإنفنى أن يتغير شكله إلى سند لحامله حتى يتيسر تداوله. تداولاً ناقلاً للحقوق بالمناولة.

ومن جهة أخرى، أدخل المشروع على المفاهيم القانونية المصرية ما مفاده أن سند الشحن هو سند ملكية، بإطلاق، فى حين أن الشريعة التى أنجبت هذه الفكرة قيدتها بعشرات من القيود.

وهنا بحق لنا أن نستخلص حقيقة هامة وهى أن مشكلة تظهير سند الشحن ما تزال قائمة وبأكثر مما كانت عليه قبل إقرار مشروع القانون التجارى البحرى الجديد.

ونعود فنكرر بأن هذه الدراسة لم ترم إلى وضع حلول لما وجدته من مشاكل، وإنما هى رامت إلى إجلاء الحقيقة بأن ما يعتقد أنه حل لمشكلات قانونية كانت قائمة فى ظل التشريع القديم، هذا الحل هو فى واقع خلق لمشكلات جديدة أشد تعقيداً.

والله تعالى أعلم...

لايكفى أن يكون القاضى عادلاً ، بل يجب ان يقتنع
الناس بعدله

«حكيم»

هوامش

(١) لم يكن مجلس الشعب المصرى قد أقر مشروع قانون التجارة البحرى الجديد عند وضع هذا البحث، وعندما أقره، قبيل تمام الإفراغ منه، لم يكن القانون الجديد قد دخل دائرة التنفيذ ولم تتوفر لدى الدارس نسخة منه بأرقام مواده التى إعتدها المشرع، فأثر أن تظل المادة المشار إليها - وهى محل هذا البحث - حاملة رقمها فى المشروع خاصة وأنها لم يلحقها أى تغيير .

(٢) يقسم الشافعية والمتكلمون، ومن وافقهم من المالكية الحنابلة، دلالة اللفظ العربى على الحكم إلى قسمين، دلالة المنطوق ودلالة المفهوم، فيقول الشوكانى فى إرشاد الفحول إن الألفاظ قوالب للمعاني المستفادة منها فتارة تستفاد من جهة النطق تصريحاً وتارة من جهته تلويحاً، والثانى المفهوم وهو ما دل عليه اللفظ لا فى محل النطق.

ودلالة المنطوق هى دلالة اللفظ فى محل النطق على الحكم ، فهو ما تدل عليه الألفاظ من معان أو أحكام. وتشمل دلالة المنطوق كلاً من دلالة العبارة ودلالة الإشارة ودلالة الإقتضاء عند الأحناف. السعدى، محمد صبرى. - تفسير النصوص فى القانون والشرعية الإسلامية. - ط ١ ص ٥٣٠.

(٣) يقول السرخسى : «الثابت بالعبارة هو ما كان السياق لأجله، ويعلم قبل التأمل أن ظاهر النص متناوله له». السرخسى، أبو بكر محمد بن أحمد بن أبى سهل . - أصول السرخسى، الجزء الأول . - ص ٢٣٦. ويمكن القول بأن دلالة العبارة هى دلالة اللفظ على المعنى المتبادر فهمه من عبارته والمقصود من سياق الكلام. «السعدى، محمد صبرى. - المرجع السابق. - ص ٥٠١، ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: «دلالة العبارة هى المعنى المفهوم من اللفظ. أبو زهرة، محمد . - أصول الفقه. - ص ١٢٩.

(٤) تنص المادة ١٣٤ من قانون التجارة : «يؤرخ تحويل الكمبيالة ويذكر فيه أن قيمتها وصلت ويبين فيه اسم من انتقلت الكمبيالة تحت إسنه ويوضع عليه إمضاء المحيل أو ختمه».

وتنص المادة ١٣٥ من هذا القانون فى خصوص نقل ملكية المحرر أو التوكيل به: «إذا لم يكن التحويل مطابقاً لما نقرر بالمادة السابقة فلا يوجب إنتقال ملكية الكمبيالة لمن تتحول له، بل يعتبر ذلك توكيلاً له فقط فى قبض قيمتها ونقل ملكيتها لشخص آخر.....».

(٥) ولئن كان المشروع فى المادة ٢/٢٠٣ قد سوى بين التوقيع المجرد بظهر السند وبين التظهير بمختلف صوره، بل جعل الأول نوعاً من جنس الأخير، إلا أن هذا - كما سيوضح فى الفقرات التالية من المتن - يناقض منطق القانون .

(٦) «الثابت بالإشارة ما لم يكن السياق لأجله ولكنه يعلم بالتأمل فى معنى اللفظ من غير زيادة ولا نقصان، وبه تتم البلاغة والاعجاز. «السرخسى، أبو بكر محمد. - أصول السرخسى، المرجع السابق. - الجزء الأول ص ٢٣٦. ويقول الشيخ محمد أبو زهرة: «إشارة النص هو ما يدل عليه اللفظ بغير عبارته، ولكنه يجىء نتيجة لهذه العبارة، فهو يفهم من الكلام، ولكنه لا يستفاد من العبارة ذاتها، أبو زهرة، محمد. - أصول الفقه، المرجع السابق. - ص ١٣٠ وكذا فإن «إشارة النص على المعنى الذى لا يتبادر فهمه منه ولكنه معنى لازم للمعنى المتبادر، فهو مدلول اللفظ بطريق الإلتزام، ويحتاج إدراكه إلى نوع من التأمل». السعدى، محمد صبرى. - تفسير النصوص، المرجع السابق، ص ٥٠٨.

هوامش

(٧) عرفه التفتازاني في التلويح مع التوضيح بأنه «دلالة اللفظ على معنى خارج. يتوقف عليه صدقه أو صحته الشرعية أو العقلية». أى أنه إذا كان صدق الكلام أو صحته الشرعية أو العقلية تتوقف على معنى خارج اللفظ، قيل للدلالة على هذا المعنى المقدر دلالة إقتضاء. السعدى، محمد صبرى. - تفسير النصوص، المرجع السابق ص ٥٢٠، ويقول الشيخ أبو زهرة في دلالة الإقتضاء: «هى دلالة اللفظ على كل أمر لا يستقيم المعنى إلا بتقديره». أبو زهرة، محمد. - أصول الفقه، المرجع السابق ص ١٣٣، ويقول السرخسى «والنوع الرابع وهو المقتضى، وهو عبارة عن زيادة عن المنصوص عليه يشترط تقديمه ليصير المنظوم مفيداً....» السرخسى، أبو بكر محمد. - أصول السرخسى، المرجع السابق ص ٢٤٨.

وقد قسم العلماء ما يتوقف عليه تقدير صدق الكلام أو صحته إلى ثلاثة أقسام :

- ١ - ما يتوقف على تقديره صدق الكلام.
- ٢ - ما يتوقف على تقديره صحة الكلام عقلاً.
- ٣ - ما يتوقف على تقديره صحة الكلام شرعاً.

(٨) دلالة المفهوم قسمان أولهما مفهوم الموافقة ، وهو دلالة الفحوى، أو فحوى الخطاب أو القياس الجلى . وتعريفه أنه ثبوت حكم المنطوق للمسكوت عنه لإشترائهما فى علة الحكم المفهومة بطريق اللغة دون نظر وإجتهد. وقد يكون أولى بالحكم من المنطوق أو مساوياً له عند الأحناف. وثانيهما مفهوم المخالفة. السعدى، محمد صبرى . - تفسير النصوص، المرجع السابق . - ص ٥٣١.

(٩) ومفهوم المخالفة هو دلالة اللفظ على ثبوت نقيض حكم المنطوق للمسكوت عنه لإنتفاء قيد من القيود المقيدة فى الحكم . وهو أنواع تتعدد وفقاً لنوع القيد. وقد أوصلها بعض الأصوليين إلى عشرة أنواع منها مفهوم الصفة ومفهوم الشرط ومفهوم الغاية ومفهوم العدد ومفهوم اللقب. وهذا الأخير هو المطابق لحالتنا. فهو تعليق الحكم بإسم جامد على نفي ذلك الحكم عن غيره، والمراد بالإسم الجامد علماً أو مصطلحاً على الذات المسند إليها الحكم. السعدى، محمد صبرى. - تفسير النصوص، المرجع السابق. - ص ٥٣٦ .

(١٠) تبين من تعريف مفهوم المخالفة بالهامش السابق أن الإسم الجامد إنما يراد به الإسم العلم على ذات معينة أو الدال على مصطلح معين أو مفهوم فكري أو قانونى معين .

(١١) حسنى ، أحمد . - قضاء النقض البحرى . - ط ٢ . - ص ٥٦ .

(١٢) وهى صيغة أقوى من صياغة المادتين ١٣٤ و ١٣٥ فى الدلالة على معناها .

(١٣) الطعن رقم ٤٤٨ سنة ٣٠ ق جلسة ١١/١/١٩٦٦. حسنى، أحمد . - قضاء النقض التجارى. - ص ١٢١.

(١٤) شورلى، شورلى أند جايلز . - Page 124. Shipping Laws .

(١٥) يقول إيفامى :

(For Many purposes possession of a bill of lading is equivalent in law to possession of the goods. It

enables the holder to obtain delivery of the goods at the port of destination and, during the transit, it enables him to deliver the goods by merely transferring the bill of lading. These rules are particularly important in cif contracts.) Ivamy, Hardy. - Payne and Ivamy's Carriage of Goods by Sea.- 12 ed.- Page 81.

(١٦) ويتولى اللورد شورلي شرح هذه الجزئية :

(... Eventually when goods were shipped direct to buyers, the bill of lading was sent to them and the buyers were made consignees of the goods, In a bill of lading, therefore, the carrier began to carry the goods, say to Antwerp, and there deliver them not only to the shipper, but alternatively to the shipper's order, so that the shipper could, by endorsing on the documents and order that the goods should be delivered to the buyer, enable the latter to get the goods himself or to the named consignee or order.

Passing of Property

The bill of lading then come to represent the goods in respect of which it was issued. This means that in law, property in goods, which are covered by a bill of lading, passes to a purchaser if the owner endorses (where necessary) the documents and transfer it to him. In other words, indorsement and transfer of documents by the owner of the bill of lading transfer the property in the goods, that is the bill of lading is a document of title).

شورلي اند جايلز . - المرجع السابق ص ١٨٧.

(١٧) شورلي ، شورلي اند جايلز - المرجع السابق . - ص ١٨٨.

(١٨) شورلي ، شورلي اند جايلز . - المرجع السابق . - ص ١٨٩.

(١٩) مقابل الوفاء بالوعد Consideration هو ركن من أركان العقد في الشريعة الأنجلوسكسونية . وسيأتي بيان ذلك .

(٢٠) Bagen .

(٢١) فالأصل أن القانون الانجليزي - تاريخيا - لم يكن يعترف سوى بالعقود الشكلية . فكان العقد، ليرتب أثراً قانونياً ، لا بد أن يفرغ في شكل خاص .

وأما العقود الرضائية فقد وجدت في مرحلة لاحقة ، حينما أقرت قواعد المحاكم الانجليزية لمناسبة دعوى يرفعها المدعى ضد خصمه طالبا إلزامه بالوفاء بما وعد وقد حصل، سلفاً وقبل رفع الدعوى على مقابل هذا الوعد .

ولم يكن القضاء ليعتد بهذه الدعوى ويلزم المدعى عليه بالوفاء بما وعد لمجرد الوعد . وإنما إستجاب القضاء لطلب المدعى بالإلزام خصمه بالوفاء بوعدده بعد أن تيقن من أن المدعى عليه قد حصل من المدعى على مقابل وعده .

مقدمة

هكذا أخذت العقود الرضائية في الشريعة الانجليزية . وماتبرأت مقعدها منها إلا بإقرار فكرة مقابل الوفاء بالوعد كركن من أركان العقد الرضائي .

ولا يخفى بالطبع ما يلابس العقد الرضائي في هذا التصرف من ارتباط بوجود صفقة بين طرفي العلاقة . ولا غرابة من جهة أخرى أن تنشأ دعوى العقد الرضائي قبل نشوء العقد ذاته في ظل شريعة عرفية الأصول يقرر قواعدها القضاء .

وبذا يتضح أن مقابل الوفاء بالوعد هو ركن من أركان العقد الرضائي .

ويقول روزنبرج و أوت في بيان ماهية الوفاء بالوعد :

(Consideration in contracts consists of elements of benefit and sacrifice to the contracting parties. Consideration may be money or anything else of value given in return for the other's act or promise. Unless there is benefit and sacrifice to each party, the agreement lacks the requisite of consideration). Rosenberg, Robert.- Theory and problems of College business law. P.7.

ويشترط في مقابل الوفاء بالوعد أن يكون ناشئاً عن اتفاق طرفي العقد. فلا يجوز أن يكون أحد الطرفين ملتزماً أصلاً بموجب قانون أو عقد آخر بهذا المقابل، وينبغي، بالتالي، ألا يكون المقابل قد تم أدائه قبل الرابطة العقدية .

ويتضح مفهوم الصفقة من ناحية أخرى من فكرتي التضحية والفائدة اللتان يكون مقابل الوفاء بالوعد. فكل طرف يتحمل تضحية بما يقدم للطرف الآخر وتعود عليه فائدة بما يأخذ عن الطرف الآخر من قيمة . ومن هنا فإن الربط بين سند الشحن وبين المفهوم بأن حامله قد ناله مقابل قيمة قدمها يوضح أن السند - كدليل على الملكية - هو عنصر في صفقة ويمثل تضحية قدمها حامله السابق مقابل القيمة التي حصل عليها .

(٢٢) إيفامي . - المرجع السابق . - ص ١١١ .

(٢٣) (The bill of lading must have been Put in circulation by one who had a good title to the goods.)

(٢٤) إيفامي . - المرجع السابق . - ص ١١٠ وما بعدها .

(٢٥) وكمثل ذلك لو أن البنك أقرض الشاحن مقابل سندات الشحن، فإن البنك لا يكتسب الملكية وإنما يظل دائناً مرتبها .

(٢٦) دون إخلال بقواعد حسن النية والغش .

(٢٧) (Every consignee of goods named in a bill of lading and every endorsee of a bill of lading, to whom the property in the goods therein mentioned shall pass upon or by reason of such consignment or endorsement, shall have transferred to and vested in him all rights of suit and be subject to the same liabilities in respect of such goods as if the contract contained in the bill of lading has been made with himself).

هوامش

(٢٨) ويقول إيفامي :

(It would seem that the property need only pass from shipper to the consignee or indorse under a contract in pursuance of which the goods are consigned to him under the bill of lading, or in pursuance of which the bill of lading is indorsed in his favour).

إيفامي . - المرجع السابق . - ص ١٥٩.

(٢٩) (Where there is a contract of sale of uncertained corge, no property in the goods is transfered to the buyer unless and untill the goods are ascertained).

* It follows that (except in highly exceptional circumstances) property in parts of undivided (٣٠) bulk cargoes passes on delivery of the cargo at the port of discharge and connot pas with risk, on shipment, or at any stage of the voyage. Todd, Paul.- Contracts For The Carriage Of Goods by Sea. P. 153.

S. 17 : (1) Where there is a contract for Sale for specific or ascertained goods the property (٣١) in them is transfered to the buyer at such Time as the parties to the contract intened it to be transfered.

(2) For the purpose of ascertaining the intention of the parties, regard shall be had to the terms of the contract, the conduct of the parties and the circumstances of the case.

(٣٢) ومثال ذلك في قضية Kronprincessan Margerita وتتلخص وقائعها في أن بيعت بضاعة أثناء الحرب العظمى الأولى إلى مشتر منتم لدولة محايدة . ولمواجهة قواعد الإغتنام البحري زعم المشتري - بعد أسر السفينة - أن البضاعة نقلت ملكيتها إليه قبل الشحن ، وقدم الدليل على ذلك سند شحن صادر لأمره. إلا أن المحكمة رفضت هذا الدفع تأسيسا على أن البضاعة لم تنتقل لملكية المشتري المحايد فتنجو من الإغتنام لأن الثمن لم يكن قد دفع بعد، وبالتالي فلم يعتد بدفع المشتري .

TODD . - المرجع السابق . ص ١٥٦.

(٣٣) وفي ذلك يقول القاضي ماك نير في قضية Ginzberg V. Barrow Haemetike :

It was commoon for the parties to a CIF contract to intend that property in the goods shall pass only when payment is made.

Lloyd's Maritime and Commercial law Quarterly. 1990, Part I February 1990. ed. Rose, F.D. (٣٤)

(٣٥) قضية Albazero 1977 - عن Todd - المرجع السابق . - ص ١٥٦.

(٣٦) إيفامي - المرجع السابق - ص ١١٠ وما بعدها .

(٣٧) دأب الإنجليز على التمييز بين ما هو أوروبى بأن أطلقوا على الأخير لفظ القارى Continental وهو ما يمكن رد منشأة القارة الأوروبية تميزاً عما يرتد بأصوله إلى الجزر البريطانية .

هوامش

وتتضمن هذه النظم القانونية القارية النظامين اللاتينى والجرمانى، وهى المدرسة التى ينتمى إليها القانون المصرى. ولقد كان الفقه والقضاء المصريان علامتا مضيئة فى إثراء الفكر القانونى لهذه المدرسة .

(٣٨) وضع العين المبيعة تحت تصرف المشتري بما يمكنه من الانتفاع بها هو عين التسليم .

(٣٩) كان البيع فى القانون الرومانى عقداً لا ينقل الملكية بذاته ، بل كان الذى ينقل الملكية هو وضع من الأروضاغ المادية المعروفة فى هذا القانون : الإشهاد أو التنازل القضائى أو القبض أو التقادم . وكل ما كان يلتزم به البائع هو أن ينقل إلى المشتري حيازة هائلة بموجبها يضع يده على المبيع كمالك دون أن يتعرض له أحد أو يتعرض له البائع نفسه . ثم انتقلت أحكام القانون الرومانى فى هذا الصدد إلى القانون الفرنسى القديم، فكان البيع لا ينقل الملكية ولا يرتب إلزاماً بنقلها . وبقي من طرق نقل الملكية القبض وحده . وكان البيع ينقل للمشتري حيازة هائلة . وبقي الحال على ذلك حتى أن الفقه فى ذلك الحين كان يعرف البيع بأنه عقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بأن ينقل للآخر شيئاً يحوز به كمالك لقاء ثمن . إلا أن تطورا طرأ على هذا الفكر إذ أصبح البيع سبيلا غير مباشر لنقل الملكية : لأن التعامل جرى على أن تنتقل الملكية بالقبض . وسارت العقود تتضمن دائما نصا فيها يفيد أن القبض قد تم ، فتنتقل الملكية بهذا القبض الصورى إلى المشتري، وهكذا أصبح البيع يرتب - عملا - نقل الملكية .

وحيثما وضع تقنين نابليون خطأ واضعوه خطوة أخرى بأن جعلوا البيع يرتب إلزاماً على البائع بنقل الملكية ، وإن كانت بعض النصوص قد ظلت متأثرة بالقانون القديم فعرفت المادة ١٥٨٢ البيع بأن إلزام أحد المتعاقدين بتسليم المبيع نظير ثمن . ولكن ذلك لم يمنع من أن البيع صار يرتب نقل الملكية وإن كان المبيع لم يسلم والثمن لم يدفع . ثم جاء التقنين المدنى المصرى القديم والجديد فجعل البيع مرتباً لإلزام بنقل الملكية إلى المشتري .

السنهورى ، عبد الرزاق أحمد . - الوسيط . - الجزء الرابع ، العقود التى تقع على الملكية، البيع . - ١٩٦٠ ص ٤٠٦ وما بعدها .

(٤٠) السنهورى ، عبد الرزاق أحمد . - المرجع السابق ص ٥٨٦ وما بعدها . - الوسيط، الجزء الثانى ص ٧٨٢ وما بعدها .

(٤١) ومثال ذلك شحنة الأغنام المحدد بالذات ، فإن ملكيتها تنتقل للمشتري بمجرد تعيين عددها ومواصفاتها . فإن زادت بالميلاد فالثمرة للمالك .

(٤٢) فهلاك عدد من الأغنام المشحونة على الحائز . فإن كانت سلمت للمشتري بتظهير المستندات كانت على المشتري، وإلا فإنها على البائع .

(٤٣) ولا يعنى ذلك أن مدرسة القانون المدنى غير مدركة لإرتباط السند بعقود البيع البحرى ، بل على العكس، وإنما هى قد حددت نطاق وظيفة السند فى تسليم المبيع المشحون ، كما سيبين .

(٤٤) طه مصطفى كمال - الوجيز فى القانون البحرى . - ١٩٧٤، منشأة المعارف ص ٢٤٠ . القليوبى ، سمحة . - القانون البحرى . - ١٩٨٢، دار النهضة العربية .

مواثيق

(٤٥) Le connaissement represent la marchandise chargee et que le porteur du connaissement a un possession fictive ou symbolique. Le connesement et la lettre de Voiture maritime. Ligonie, j.A.M. P. 30.

(٤٦) الطعن ١٤٧ لسنة ٤٠ ق جلسة ١٩٧٧/٢/٢٨ عن حسنى، أحمد. - قضاء النقض البحرى. - ط ٢. - منشأة المعارف. - ص ٥٦.

(٤٧) قررت محكمة النقض الفرنسية المبدأ، ويشير إليه ليجونى :

La jurisprudence observent l'interet de cette transformation, a oeuvre dans la meme sens declarant que la connaissement represent les marchandises chargees et que le porteur du connaissement a une position fictive et simbolique. Cass. Civ. 31 Mar. 1892 - S- 94- 1- 81.

(٤٨) يشير د. أحمد حسنى إلى أن الفقه الألمانى يطلق على الریان عبارة «أجير الحيازة» بحيث يكون للریان حيازة مباشرة ولعامل سند الشحن حيازة غير مباشرة . حسنى، أحمد . - البيوع البحرية . - ط ٢ ص ٤٠.

ويشير الفقيه الكبير الأستاذ ريبير Ripert لهذا الفقه الألمانى شارحاً معنى مصطلحى الحيازة المباشرة والحيازة غير المباشرة مبيناً الفارق الفنى الدقيق بين مفهوم أجير الحيازة وبين مفهوم الحائز العرضى فيقول :

Ou bien la personne qui detait pour le compte d'autrui est un employe du possesseur, prepose sous ses ordre, qui agit pour son compte ou sa direction: On appelle cette personne, en Allmend, le Serviteur de la possession et on dit q'elle a une possession derivee ou indirecte ou bien la personne qui detait pour le comote d'autrui est indipendante du possesseur mais liee a lui par un contrat en ce qui concerne la detention de la chose, par exemple le depositeur et l'emprunteur; en Droit fransais, nous donnons a cette personne le nom technique de detenteur precaire.

Ligonie. P. 30.

وهذا التمييز الذى يقول به الأستاذ ريبير بين خادم الحيازة وبين الحائز العرضى، باعتبار أن الأول يحوز حيازة مشتقة من حيازة الحائز الأصلى، ومتبع لتعليماته بشأنها بحيث يكون موظفا لدى الحائز لخدمة الحيازة، بينما الحائز العرضى هو شخص لا يحوز العين كخادم للحيازة، وإنما قد حازها بموجب عقد منحه حيازتها لأسباب لا ترجع لخدمة هذه الحيازة وإنما قد ترجع لإنتفاع هذا الأخير بها. ففى هذه الحالة الأخيرة يكون الحائز عرضياً .

فهذا التمييز بين خادم الحيازة والحائز العرضى يؤيد وجهة النظر التى نذهب إليها وهى أن الحيازة الرمزية إنما تنصرف إلى الحيازة المادية بحيث يكون حامل سند الشحن حائزاً مادياً للبضاعة ولكن بطريق الحيازة الرمزية، بينما الریان وقد أحرزها مادياً كخادم للحيازة وليس حائزاً عرضياً، وحيازته مشتقة من الحيازة المادية لحامل السند . فهو فى خصوص سيطرته على العين (البضاعة) فى مركز أو هى وأقل مرتبة

هوامش

من مركز الحائز العرضى.

(٤٩) الركن هو عنصر فى الحكم، ويتوقف عليه وجود الحكم فيلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم .

(٥٠) La premiere condition que doit remplir le titre representatif est de definir la marchandise a le quelle il se rapporte..... impose donc de mention precises a porter sur connaissance. C'est ainsi le nombre de colis, les marques, la conditionnement apparent d'expedition doivent etre consignes sur ce document. Ligonie.

(٥١) لذلك لا يعد سند الشحن الاسمى ممثلاً للبضاعة ولا قائماً مقامها، وذلك لانقضاء بيان الإذن أو الأمر عنه. ولكن السند لحامله يمثل البضاعة بسهولة تداوله .

(٥٢) الحكم محل هذه الدراسة الصادر فى الطعن ٣٦٦ لسنة ٢٧ ق والقائل بأن التظهير التام تظهير ناقل للملكية بالنسبة للحقوق الثابتة بالسند.

(٥٣) سبقت الإشارة لهذا الحكم وفيه تقول المحكمة: «... إلا أنه أيضاً أداة انتمان فهو يمثل البضاعة المشحونة ذاتها ويقوم مقامها بحيث تندمج البضاعة فى السند ويعتبر حامله بمثابة حائز للبضاعة وإن كانت هذه الخيازة حيازة رمزية «....»

الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٤٠ ق بجلسته ١٩٧٧/٣/٢٨ عن حسنى، أحمد. - قضاء النقض البحرى. - ص ٥٦.

(٥٤) حسنى، أحمد. - قضاء النقض البحرى. - ص ١٢٩.

(٥٥) بمقدمة هذه الدراسة .

(٥٦) على حد تعبير المحكمة .

(٥٧) نقض فى الطعن رقم ٤٤٨ للسنة ٣٠ ق بجلسته ١٩٦٦/١/١١ وكذا نقض ١٩٧٩/٦/٧ فى الطعن ٢٥٠ للسنة ٤٥ ق والطعن ١٤١٩ لسنة ٥٠ ق بجلسته ١٩٨٤/٥/٢١.

(٥٨) الطعن ٣٦٦ لسنة ٢٧ قضائية .

(٥٩) لم يجادل الفقهاء هذا رأى فيما ذهب اليه، وإن أشاروا إليه فى مؤلفاتهم عقب بيان قضاء النقض محل الهجوم فكان ذلك منهم بمثابة تأييد ضمنى مشايخ لهذا الاتجاه. ولم ينتصر أحد لقضاء النقض محل النقد، وإن اكتفى قليلون من الفقهاء ببيان حكم النقض بإعتباره المبدأ القانونى السائد دون إشارة للنقد الموجه له.

(٦٠) طه، مصطفى كمال. - الوجيز فى القانون البحرى. - الفقرة ٣٠٣. الشرقاوى، محمود سمير. - ط ١٩٧٨. - الفقرة ٢٥٠.

(٦١) عباس، محمد حسنى. - الأوراق التجارية. - ط ١٩٧١. - ص ٢١.

هوامش

(٦٢) عباس، حسنى . - المرجع السابق. - ص ٦٦.

(٦٣) الطعون ٢٤٦ و ٢٤٧ لسنة ٢٣ ق جلسة ١٩٥٧/٦/١٧ و ٥٢٣ و ٥٢٤ لسنة ٢٩ ق جلسة ١٩٦٤/١١/١٢ و ٤٩٧ لسنة ٤٥ ق جلسة ١٩٧٥/١٢/١٠.

(٦٤) فيقول د. حسنى عباس: والرأى مستقر على أن الشيك للأمر إذا ظهر على بياض كان قابلا للتداول بمجرد التسليم. وأشار إلى المادة ٨ من قانون الأوراق التجارية الإنجليزي الصادر سنة ١٨٨٢ التى تنص على أن الشيك يكون لحامله متى تضمن تعبيراً دالاً على ذلك أو متى كان التظهير الأخير على بياض.

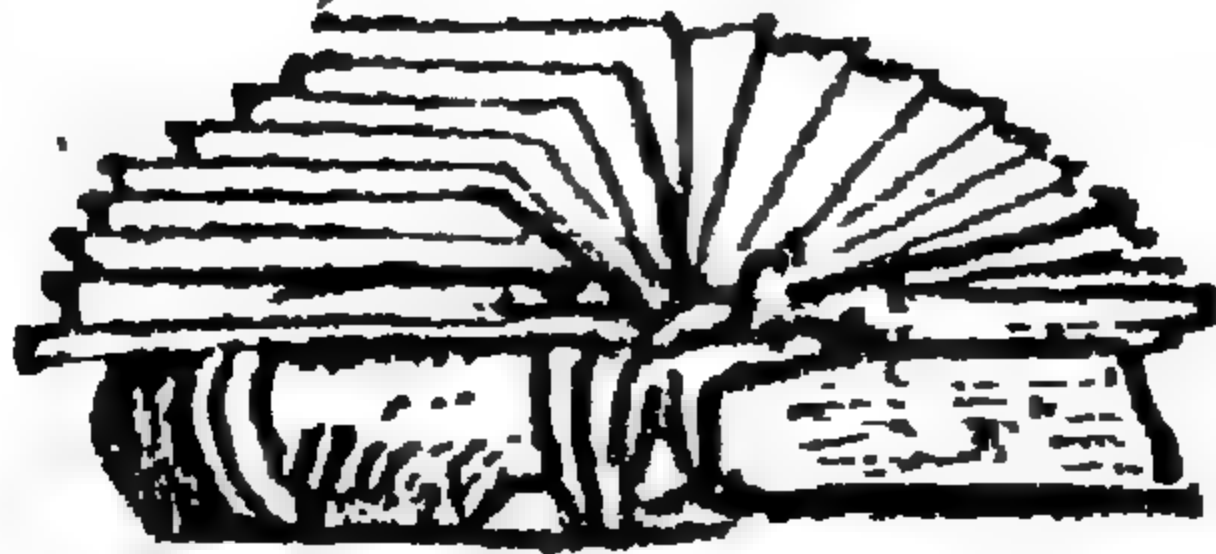
ويقول بخصوص الكمبيالة، التى قيل بأن قواعد تظهيرها تسرى عليها المواد ١٣٤ وما بعدها. وأن تظهيرها تظهيراً تاماً ناقلاً للحقوق الثابتة فيها بخلاف تظهير الشيك تظهيراً ناقلاً للحقوق الثابتة فيه. يقول : بأن تظهير الكمبيالة على بياض يرتب نتائج منها اجازة تداولها بالتسليم. وهذا القول يعنى أن القاعدة التى إختصت بها محكمة النقض الشيك دون الكمبيالة وجعلها للقانون البحرى حاسمة لتداول سند الشحن تداولاً ناقلاً للحقوق الثابتة فيه وهى كفاية التوقيع على بياض تسرى بدورها على الكمبيالة فى حالة توقيعها على بياض.

عباس، حسنى . - الأوراق التجارية . - ط ١٩٧١. ص ٣٠٦ و ٩٢.

(٦٥) ولذلك فهى مستقرة فى الشرائع القانونية الأخرى. فى قضية The Delfini يعلق G. H. Treitel وهو Queen's Council:

..... Bills of lading were issued by her master evidencing the shipment of 245400 metric tons of oil for shipment to Gela; the bills named Sonatrach as shipper and were later endorsed by Sonatrach to Venol in blank, thus becoming bearer documents.

Lloyd's Maritime and Commercial Quarterly.



ميراث الأم مع الأدلة والأمثلة

للمسيّد الاستاذ / عبد المعز احمد حسن عامر - المحامي

الأم لها ثلاث حالات في الميراث :

الحالة الأولى :

١ - تأخذ السدس فرضاً وذلك في الأحوال الآتية :

أ - إذا كان للميت فرع وارث والفرع الوارث هو الابن أو ابن الابن مهما نزل والبنت وبنت الابن .

الدليل :

قوله تعالى : في سورة النساء الآية رقم (١٠) : ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد ﴾ .

الشرح :

نلاحظ أن الآية تقول (ولأبويه) أي أب الميت أو أم الميت .. إن كان له ولد والمقصود بالولد هو الذكر أو الأنثى فيكون نصيب الأم هو السدس . وهي معلقة على شرط وجود الولد فإن تحقق الشرط وهو وجود الولد فيكون

السدس وهو نصيب الأم والشرط هو (إن كان) .

الأمثلة

توفي وترك ٣٠ ثلاثون قيراطاً وصية ومنها قيراطين دين على الميت أي بيع قيراطان لسداد الديون . ومنها قيراطين لتجهيز الميت وتكفينه وترك ورثة هم : (أم - ابن) .

التوزيع :

نخرج ما على التركة من دين ووصية وتجهيز جملة ما على التركة = $2+2+2=6$ الباقي بعد الديون والوصايا والتجهيز = $30-6=24$.

نصيب الأم لأنها صاحبة فرض وصاحب الفرض يأخذ حقه قبل العاصب :

ان $24 \div 6 = 4$ نصيب الأم .

الباقي بعد أصحاب

الفروض = $24 - 4 = 20$ وهو نصيب الابن .

مثال آخر :

توفي وترك ١٨ جنيهاً وترك ورثة هم (أم - بنت - عم) .

الأم السدس - البنت النصف - العم الباقي

نصيب الأم = $18 \div 3 = 6$ صاحبة فرض .

نصيب البنت = $18 \div 2 = 9$ صاحبة فرض بالنصف .

جملة أصحاب الفروض = $9+3=12$.

الباقي وهو نصيب العم = $18-12=6$.

مثال آخر :

توفي وترك تسعة أفدنة وترك ورثة وهم :

أم - ابن - ابن - ابن

الأم السدس - الأبناء الباقي

نصيب الأم = $9 \div 6 = 1,5$.

الباقي لثلاثة أبناء = $9-1,5=7,5$.

مثال آخر :

توفى وترك ١٢ فدائاً وترك ورثة هم :

أم - بنت ابن - ابن عم

الأم السدس - بنت الابن النصف - ابن العم الباقي

نصيب الأم = $12 \div 6 = 2$

نصيب بنت الابن = $12 \div 2 = 6$

جملة أصحاب الفروض = $2 + 6 = 8$

الباقي لابن العم عصية = $12 - 8 = 4$

وهكذا يكون للأم السدس مع الفرع الوارث الذكر مهما نزل والبنت وبنت الابن .

الحالة الثانية

تأخذ الأم السدس عند الأخوة واثنين فأكثر من أى جهة كانوا وارثين أم محجوبين .

الدليل :

﴿ فإن كان له أخوة فلا مه السدس ﴾ .

نلاحظ فى هذه الآية أن لفظ الأخوة ورد عاماً دون تخصيص بالأخوة الأشقاء أو الأخوة لأم أو أخوة لأب . ولذلك يظل على عمومه ما لم

يكن له ما يخصه .

ولقد وردت الآية مطلقة دون قيد العدد الا أن السنة قيدت العدد من الأخوة بأن يكون باثنين فأكثر .

أما قيد السنة قوله عليه السلام «الاثنان فما فوقهما جماعة» .

ولأن القرآن الكريم أطلق الاثنين على الجمع والجمع على الاثنين .

فيقول تعالى :

﴿ إن تتوبا الى الله فقد صغت قلوبكما ﴾ .

وكذا قوله تعالى :

﴿ قالوا لا تخف خصمان بغا بعضنا على بعض ﴾ .

وجاء فى لغة العرب :

يحيى بالسلام غنى القوم ويبخل بالسلام على الفقير أليس الموت بينهما سواء اذا ماتوا وصاروا فى القبور

بمعنى أننا نجد أن القرآن الكريم والسنة النبوية ولغة العرب جعلت الاثنين جمعاً . وعلى ذلك تكون الآية قيدت أو خصصت باثنين من الأخوة من أى جهة كانوا .

من الأم - أو الأب - أو

الأم والأب .

أمثلة

(١) توفى وترك ١٢ قيراطاً :

أم - أخ شقيق - أخ لأب

الأم السدس - الأخ الشقيق الباقي - أخ لأب محجوب بالأخ الشقيق

نصيب الأم = $12 \div 6 = 2$

الباقي وهو الأخ الشقيق = $12 - 2 = 10$

نلاحظ هنا أن اثنين من الأخوة جعلوا الأم تأخذ السدس فقط .

(٢) توفى وترك ١٢٠ متراً من الأرض المباني وترك ورثة هم :

أم - أخت شقيقة - أخت لأب - عم

الأم السدس - الأخت الشقيقة النصف - أخت لأب السدس تكملة للثلاثين - العم الباقي

نصيب الأم = $120 \div 6 = 20$
نصيب الأخت الشقيقة = $120 \div 2 = 60$

نصيب الأخت لأب = $120 \div 6 = 20$

جملة أصحاب الفروض = $20 + 60 + 20 = 100$

الباقى = ١٢٠ - ١٠٠ = ٢٠ للعم .

(٣) توفى وترك ١٢٠ جنيه :

أم - أخت شقيقة - أخ لأم - أخ لأب

الأم السدس - أخت شقيقة
النصف - أخ لأم السدس -
أخ لأب الباقى

نصيب الأم = $120 \div 6 = 20$
نصيب الأخت شقيقة =

$120 \div 2 = 60$

نصيب الأخ لأم =

$120 \div 6 = 20$

جملة أصحاب الفروض =

$20 + 60 + 20 = 100$

الباقى وهو للأخ لأب ع =

$120 - 100 = 20$

(٤) توفى وترك ١٨ فدائاً

وترك ورثة وهم :

أم - أخ شقيق - أخ لأب -
أب

الأم السدس - أخ شقيق
محجوب بالأب - أخ لأب
محجوب للأب - الأب الباقى

نصيب الأم = $18 \div 6 = 3$

الباقى وهو الأب =

$18 - 3 = 15$

ونلاحظ هنا أنه على الرغم
من حجب الأخ شقيق والأخ
لأب بالأب إلا أنها أخذت

السدس فالأخوان حجابهما
حجب نقصان بالرغم من أنهما
محجوبان .

(٥) توفى وترك ٩ أفدنة
وترك ورثة هم :

أم - أخ شقيق

الأم الثلث - أخ شقيق الباقى

نصيب الأم = $9 \div 3 = 3$

الباقى وهو للأخ شقيق =

$9 - 3 = 6$

نلاحظ هنا أنه أخ واحد فلم
يحجبها بل أخذت الثلث وهكذا
نرى أنه اثنين من الأخوة من
أى جهة كانوا وارثين أم
محجوبين يؤثر على الأم من
الثلث الى السدس .

الحالة الثالثة

تأخذ ثلث التركة :

وذلك إذا لم يكن هناك فرع
وارث أو اثنين من الأخوة .

الدليل :

قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ
وَلَدٌ وَوَرِثَةٌ أَبَوَاهُ فَلِأُمِّهِ
الْثُلُثُ ﴾ .

ففى هذه الآية نجد أن
الحق تبارك وتعالى لقوله فإذا
انعدم الفرع الوارث
زانهصرت الوراثة فى الأب

والأم فقط فىكون نصيب الأم
الثلث .

أمثلة على هذه الحالة

(١) توفى وترك ٩ أفدنة
وترك ورثة هم :

أم - أب

نصيب الأم = $9 \div 3 = 3$

الباقى وهو نصيب الأب =

$9 - 3 = 6$

وهذا فى الحقيقة توزيع
عادل جداً وكأنه الحق تبارك
وتعالى يريد أن يقربها من
قاعدة للذكر مثل حظ
الأنثيين .

وليس شرطاً أن تكون الأم
على ذمة هذا الأب أى أبو
الميت فربما يموت الميت
وتكون الأم مع رجل آخر
خلاف ذلك الأب .

(٢) توفى وترك ٦ أفدنة
وترك ورثة وهم :

أم - أب - أخ

الأم الثلث - الأب الباقى -

الأخ محجوب حجب حرمان

نصيب الأم = $6 \div 3 = 2$

نصيب الأب = $6 - 2 = 4$

نلاحظ أنه أخ واحد فلم

يؤثر فى نصيب الأم .

الحالة الرابعة

ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين وذلك في مسألتين فقط هما الفرضانيين .

الدليل :

والدليل هنا فني يحتاج الى تأمل وهو :

(١) أن الله سبحانه وتعالى ذكر الأم مع جميع الورثة فنكرها مع الولد أى الفرع الوارث ونكرها مع الأخوة .. ولم يذكرها مع الزوج أو الزوجة فممكن أن تكون في قوله تعالى : ﴿ وورثه أبواه ﴾ يدخل معها أحد الزوجين .

(٢) لو أعطيت الثلث كاملاً لفأقت الأب وهذا غير معهود في شريعتنا الغراء مما جعل سيدنا زيد بن ثابت يقول (أقول برأى لا أفضل أما على أب ومن هنا يكون نصيب الأم الثلث بعد فرض أحد الزوجين) .

أمثلة

(١) توفي وترك ١٢ فدائاً وترك ورثة هم : أم - زوجة - أب

الأم الثلث - الزوجة -

الربع - الأب الباقي

نصيب الزوجة = $12 \div 4 = 3$
الباقي بعد الزوجة = $12 - 3 = 9$

نصيب الأم = $9 \div 3 = 3$

الباقي وهو للأب = $9 - 3 = 6$

هنا نلاحظ أن الأب ضعف الأم وهو العدل والجمال في الشريعة الغراء .

(٢) توفي وترك ١٢ فدائاً وترك ورثة هم :

زوج - أم - أب

الزوج النصف - الأم الثلث الباقي - الأب الباقي

نصيب الزوج = $12 \div 2 = 6$
الباقي بعد الزوج = $12 - 6 = 6$

نصيب الأم = $6 \div 3 = 2$

الباقي وهو للأب = $6 - 2 = 4$

فلو فرضنا أن الأم أخذت ثلث التركة . لكان الاتي :

الزوج = ٦ - الأم = ٤ - الأب = ٢

وهذا غير معهود في شريعتنا الغراء ولذلك تأخذ الأم ثلث الباقي بعد فرض أحد الزوجين .

الجندات

١ - سلوى أم أب أب لمحمود .
٢ - سعدى أم أم أب لمحمود .

٣ - فاتن أم أب أم لمحمود .

٤ - هيام أم أم أم لمحمود .

٥ - الجدة فاتن ليس لها ميراث من محمود لأنها جدة فاسدة لأنه وقع بينها وبين محمود خالد وهو جد فاسد .

٦ - الأم سعاد تحجب جميع الجندات عند وفاة محمود قاعدة القربى تحجب البعدى .

٧ - ليلي عند غياب سعاد ووفاة محمود تحجب جميع الجندات وهن (سلوى - وسعدى - وهيام) .

٨ - إن وجدت هند (أم أب) مع ليلي (أم أم) يأخذ السدس .

٩ - عند وفاة محمود ووجدت سلوى + سعدى + هيام يشتركن الثلاثة في السدس .

١٠ - هند تحجب سلوى وسعدى عند المالكية وعند الأحناف تحجب هند (سلوى

وسعدى وهيام) حسب قاعدة القربى تحجب البعدى فى الأمهات أما عند المالكية فلا تستطيع القربى من جهة الأب أن تحجب البعدى من جهة الأم . بل تشترك معها .

أم أم - أم أب أب

أم أم هنا السدس وتحجب البعدى وهى أم أب أب .

(٤) توفى محمود وترك : أم أب - أم أم أم

أمثلة

(١) توفى محمود وترك :

أم - أم أم - أم أب

أم الثلث - أم الأم وأم الأب محجوبتان بالأم

فالأم هنا تحجب (أم أم + أم أب)

(٢) توفى محمود وترك :

أم أب - أم أم فهما مشتركان فى السدس .

(٣) توفى محمود وترك :

هنا خلاف

عند الأحناف القربى وهى أم أب تحجب أم أم أم وتأخذ السدس وحدها . وعند المالكية تشتركان فى السدس .

(٥) توفى محمود وترك أم أم - أم أب أب

عند الجميع القربى تحجب البعدى وأم أم تأخذ السدس وحدها .

وهل المالكية معهم الحق

فى فأم الأم وأصلها وإن علا هن أوفر شفقة على محمود لأنه لو فرضنا قياساً على الحضانة فأم الأم مهما علت فهى أحق بالحضانة من الجدة التى من جهة الأب .

فلو تنازعت هيام الحضانة لمحمود مع هند فالقاضى يدفعه الى هيام وهى أم أم أم بالرغم من بعدها عن هند وهى أم أب لوفور الشفقة مع هيام . لأن حضانة محمود تكون لسعاد .. ثم الى ليلى .. ثم الى هيام ... الخ وإن لم يوجد فالى هند .

والله ولى التوفيق

تمت بحمد الله

والى لقاء مع الأخوة لأم

مواهب

- (١) الدكتور/ مصطفى شحاتة . المواريث وفق القانون الجديد كلية الشريعة والقانون .
- (٢) المرحوم الشيخ أبو زهرة .
- (٣) فتح القدير .
- (٤) الكواكب الدرية لفقه المالكية .
- (٥) أبو بكر الجزائري فى الميراث .
- (٦) كشف النقاب أبو بكر الجزائري .

مشروعية التصرف في جسم الأدمى في القانون الوضعي والفقه الإسلامى

للسيد الدكتور / سعيد عبد السلام
كلية الحقوق - جامعة المنوفية

قدمة :

لقد أوشك القرن العشرين على الإنتهاء ولا زالت الأبحاث مستمرة حول أعضاء الجسم البشرى . ولا زال الجدل مستمرا بين فقهاء القانون الوضعى وعلماء الشريعة الإسلامية بين مجيز للتعرف سواء كان بالبيع أو الهبة أو الوصية وبين منكر لهذه التصرفات . ويرجع هذا الجدل إلى حقيقة الجسم البشرى الذى خلقته الإرادة العليا التى تسمو على فكر البشر المادى . فهذا الخلق بدأ من العلقه ثم من المضغه ثم عظاما ثم كسى العلى القدير هذه العظام لحما . فالجسم هو السياج الذى تتجسد فيه الروح^(١) .

ولقد أحدث التطور الطبى فى هذا العصر الحديث ضجة علمية حول مشروعية التصرف فى هذا الجسم البشرى . وخصوصا إزاء النجاح الفائق الذى حققته عمليات نقل عضو من شخص

سليم إلى شخص مريض كما هو الحال فى عمليات ترقيع القرنية أو زرع الشعر أو نقل الكلى أو زرع القلب وإلى غير ذلك من العمليات غير المألوفة فى النطاق الطبى .

كل ذلك أدى إلى تطويع هذا الجسم البشرى لكى يكون مجالا خصباً لمثل هذه التصرفات الخطيرة . وإزاء هذه المخاطر التى تهدد كيان الإنسان . أصبح القانون فى خدمة الإنسان . فلم ينظر إليه على أنه صاحب الحق فى هذا الجسد وإنما نظر إليه نظرة شمولية أى نظرة قانونية شاملة لحماية هذا الجسم البشرى فى كيانه المادى والمعنوى ومشاعره وعواطفه وصورته وحياته الخاصة وكذلك الأسرار وأخص هذه النظريات فى القانون المدنى المصرى هى حق الإنسان فى وقف الاعتداء على أى حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية . وفى مجال حماية الكيان المادى للإنسان حرص القانون على حماية الجسم ضد

أى اعتداء يقع عليه من الغير . وقد امتدت هذه الحماية إلى نطاق حماية الشخص ضد تصرفه فى جسمه . وهو ما سيكون موضع هذا البحث . وميرا وراء الاتجاهات التى أبرزت أهمية هذه الدراسة وكان لها الفضل والسبق المعنى فى هذا الشأن فإننا أثرنا على أن تكون هذه الدراسة مقارنة بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعى . ونشير بادئ ذى بدء إلى أن هذه الدراسة ليست دراسة نظرية بحتة وإنما لها صدق فى الحياة العملية وتلك الأهمية العملية تتأتى مما نسمعه ونقرأه فى حياتنا اليومية سواء كان فى الصحف أو الاعلانات عن شخص يريد من يتبرع له بإحدى كليتيه مقابل مبلغ من المال يصل إلى آلاف الجنيهات .

فيجب على رجال القانون إيضاح حقيقة هذه الظاهرة التى طفت على سطح الحياة اليومية وخصوصا عندما حققت عمليات نقل وزراعة

الأعضاء البشرية شوطا هائلا في النجاح المستمر لها .

الأهمية العلمية لمشروعية التصرف في جسم الآدمي :-

لايستطيع رجل القانون الذي يريد أن يواكب التقدم الحضارى الحديث أن ينكر أهمية البحث في مدى مشروعية تصرف الإنسان في أحد أعضاء جسمه . وذلك لما ظهر مؤخرا في العصر الحديث من تقدم طبي هائل في نقل عضو من جسم شخص حي أو ميت إلى شخص آخر حي . وذلك لكي ينتفع به شخص مريض . كل ذلك لأن العلوم الطبية على تقدمها الحديث لم تستطيع أن تعتمد على الأجهزة الصناعية كالقلب الصناعي أو الكلى الصناعية . فلم يصل هذا التقدم إلى زرع مثل هذه الأجزاء الصناعية في جسم الإنسان حتى نهاية المطاف^(٢) . والمشكلة الحقيقية التي تصادف الأطباء الذين يعملون في هذا المجال هي أنه لم يتم التوصل إلى الآن بصفة قاطعة إلى طريقة لحفظ أعضاء الجسم البشرى بعد الوفاة . فهناك مثلا أعضاء في جسم الإنسان لايمكن بأى

حال من الأحوال الحفاظ عليها . وهناك مشكلة أخرى أكثر تعقيدا ألا وهي طرد الجسم البشرى للأعضاء الغريبة عنه . الأمر الذى دعى هؤلاء الباحثون في مجال الطب الحديث إلى الاتجاه نحو جسم الإنسان الحى . وهو أمر لا مفر منه . فهم يريدون مزيدا من التقدم الطبى في هذا المجال حتى ولو في مقابل التضحية بالمبادئ الانسانية .

فأصبح من الأهمية بمكان البحث في مدى مشروعية هذا المساس بجسم الآدمى الذى يعتبر الحقل الخصب الذى يلجأ إليه الطبيب للحصول على قطع الغيار البشرية إذا جاز هذا التعبير .

في حقيقة الأمر لاقت عمليات زراعة ونقل الأعضاء رواجا شديدا في تلك الآونة من هذا القرن الحديث . فهذا الرواج يستحق من رجال القانون وخصوصا الفقه باعتباره صاحب النظر الثاقب في معالجة الظواهر القانونية التى يعيشها الإنسان كي لاتقع هذه الظاهرة فمعالجة هذه الظاهرة الحيوية يتم بالتعاون والوفاق بين رجال الطب ورجال القانون . كي يمكن

وضع هذه العمليات في إطارها القانونى السليم مما يحقق سعادة البشر فالطب يقدم الوسائل الفنية ورجل القانون يقدم المسار الصحيح الذى يرسمه القانون كي تصبح هذه الظاهرة لاتقع تحت طائلة المسؤولية سواء كانت مسئولية جنائية أم مسئولية مدنية . وذلك حتى لا يكون هذا التقدم الطبى على حساب إهدار حقوق البشر . فنحن نقرأ كثيرا في هذه الأيام عن حوادث خطف أحد الأشخاص^(٣) ليس للاعتداء عليه جنسيا أو الاستيلاء على أمواله وإنما لنزع إحدى كليتيه مثلا لبيعها لشخص آخر مريض . تلك المشاكل التى تفتج عن إباحة التعرف في أعضاء الجسم البشرى يجب التصدى لها بحزم حتى لاتتفاقم وذلك لا يكون إلا بتدخل رجال القانون لوضع الإطار السليم لممارسة مثل هذا العمل .

ونشير بداءة إلى أن هذه الدراسة ليست كما سبق أن ذكرنا دراسة نظرية بحتة لاجدوى منها ففي مصر على وجه الخصوص تقدم الطب إلى حد بعيد وقطع شوطا هائلا في مجال عمليات زرع الكلى وترقيع القرنية والجلد . والذى

بسترعى الانتباه أننا نجد من يعاني من مرض يحتاج إلى نقل أحد أعضاء الجسم البشرى مثل الكلية أو القرنية يعلن على ملأ في الصحف اليومية ولاحياء في ذلك أنه مطلوب التبرع بكلية مقابل مبلغ مجزى . ومن أجل ذلك يجب ربط هذا البحث بالواقع العملى . فكل هؤلاء الأطباء الذين يجرون تلك العمليات الخطيرة في حاجة لمعرفة حقوقهم وكيفية حماية أنفسهم من طائلة المسؤولية بنوعيتها جنائية ومدنية ومدى اتساق هذه التصرفات مع أحكام الشرع الحنيف كى توضع الأمور في نصابها الصحيح . وأبلغ دليل على ذلك ما قرأناه في الصحف اليومية^(٤) من سؤال نقابة الأطباء المصرية الموجه إلى السيد مفتى جمهورية مصر العربية والذي تفضل فضيلته بالتصريح حول هذا الموضوع وسنعرض له في حينه .

«مجال البحث»

لقد أثارت نصوص القانون الوضعى سواء كانت في الدول العربية أم الدول الأوربية خلافات حادة بين رجال القانون وعلماء الفقه الإسلامى

حول إباحة تنازل الشخص عن جزء من جسمه . فقد نظم المشرع المصرى في القانونين ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ الخاص ببنك الدم والقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص ببنك العيون . ونظم المشرع السوري زرع الأعضاء في القانون ٣١ لسنة ١٩٧٢ عملية زرع الأعضاء البشرية ونقلها من انسان حى إلى آخر حى مريض . وكذلك التشريع الكويتى رقم ٣ لسنة ١٩٨٣ بشأن عمليات زرع الكلى للمرض^(٥) .

وفي الدول الأجنبية مثل فرنسا صدر قانون فى ١٩٤٩/٧/٧ يبيح التصرف فى قرنية العين وأصبح فى فرنسا العديد من البنوك لمختلف أجزاء الجسم البشرى . ويباشرون مهامهم تحت إدارة السلطة العامة . كل ذلك يشير إلى إقرار التصرف فى أعضاء الجسم البشرى . فكل هذه التشريعات سواء على المستوى العربى أو الأجنبى أباحت فى نصوص القانون الوضعى التصرف فى أعضاء الجسم البشرى . الأمر الذى يؤكد بصيغة مستديمة على أن هذا التصرف مشروع . فيمكن للشخص أن يوصى بجزء من جسمه بعد الوفاة .

ويمكنه أن يتصرف فيه حال الحياة .

ولقد أعلنت محكمة النقض الفرنسية فى حكم قديم لها^(٦) . «أن كل شخص يستطيع أن يتصرف فى جثته كما يستطيع أن يتصرف فى أمواله . كل ذلك دون أن تدخل الجثة فى التجارة أو المعاملات» فالتصرف لا يكون إلا لأغراض صحية أو علمية .

«خطة البحث»

يتناول هذا البحث ثلاثة فصول هى :-

الفصل التمهيدي : سلطة الانسان على جسده .

الفصل الأول : التصرف فى جسم الانسان الحى والميت والأساس القانونى لذلك .

الفصل الثانى : سلطة الانسان على جسده فى الفقه الإسلامى .

الفصل التمهيدي

سلطة الإنسان على جسده

تمهيد :-

لقد كثرت الاتجاهات القانونية فى نظريات الحق خاصة ما يتعلق منها بالحقوق الشخصية وخصوصا التى

تتعلق بشخص الإنسان . وقد اتخذ كل من القانون الجنائي والدستوري في البداية موقفا صلبا نحو حماية الكيان الجسدي للإنسان وقاما بتنظيم العقاب اللازم لمن يرتكب فعلا مخلا بهذه الحماية .

غير أن القانون ما لبث أن تخلى عن هذه الحماية نظرا للتطور الحديث في علوم الطب ومفاهيم المجتمعات الأمر الذي سمح بالمساس بكيان الإنسان . فقد نادى البعض بمبدأ الحرية المطلقة لجسد الإنسان ؟ وأوضح التشريع مظاهر لتلك الحماية . ولكن قبل الدخول في عدم المساس المطلق لجسد الإنسان ينبغي أن نوضح ما المقصود بجسد الآدمي الذي يكون له هذه الحرية المطلقة . ومأمضى مشروعية المساس به والأساس القانوني لتبرير ذلك ومن ثم ينقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث هي :-

المبحث الأول : المقصود بجسد الآدمي الواجب حمايته قانونا .

المبحث الثاني : مدى مشروعية المساس بجسم الإنسان .

المبحث الثالث : الأساس

القانوني لتبرير التصرف في جسم الآدمي .

المبحث الأول : المقصود بجسد الآدمي الواجب حمايته قانونا .

يقصد بالإنسان في مجال الدراسة القانونية الشخص الطبيعي أو الذات الناطقة^(٧) فالإنسان يتكون من عنصرين أساسيين : الجسد والروح فجسم الإنسان بمفرده لا يمكن أن يكون شخصا كما أن الحياة لا يمكن أن توجد إلا في الجسد . فوجود الإنسان لا بد من أن يتحد الجسد مع الروح التي تعطى لهذا الجسد الحياة والأهمية الوجودية من حيث الواقع المادي . وقد حسم بعض الفقهاء أعضاء جسم الآدمي إلى ثلاثة أقسام^(٨)

القسم الأول : أعضاء يابسة .
القسم الثاني : أعضاء سائلة .
القسم الثالث شعر الآدمي وقد برد هذا الجانب من الفقهاء هذا التقسيم بقوله أن على هذه الأقسام تدور أسئلة المسلمين مثل هل يجوز للشخص أن يستخدم عضوا في جسمه أو يتبرع به لشخص آخر مريض يضطر إليه وهل ذلك يدخل في نطاق سلطة الإنسان على جسده .

وأول ما يتبادر إلى الذهن عند بحث سلطة الإنسان بالتصرف في جسده هل جسم الإنسان قابل للتقديم بالمال كي يمكن أن يكون محلا للتصرف فيه أم هل جسم الإنسان اسمي من أن يقدر بمال .

تنازع الإجابة على هذا التساؤل مبدأين فلسفيين متضادين . المبدأ الأول : هو عدم قابلية جسم الإنسان للتقويم المالي نظرا لسموه . والمبدأ الثاني : ينادى بالحرمة المطلقة لجسم الإنسان .

(أ) جسم الإنسان اسمي من أن يقدر بمال .

كان النص في القانون الروماني «لايعتبر أحد مالكا لجسمه أو لأعضاء جسمه» ومن ثم أمكن استخلاص المبدأ الذي بموجبه يعتبر جسم الإنسان اسمي من أن يقدر بمال . فلا مجال للتحدث عن قيمة الإنسان أو قيمة عضو من أعضاء جسمه . فلا يجوز أن يشبه جسم الإنسان بالشيء وبالتالي لا يمكن أن يدخل في دائرة التعامل أو أن يقوم بمال^(٩)

وعندما صدر قانون اكويليا الشهير سنة ٤٦٧ لم يكن

يطبق في حالات الإصابة أو الأضرار المادية التي تلحق بجسم الإنسان الحر . وإنما كان يطبق فقط على الرقيق باعتبارهم من الأشياء النفيسة المملوكة للسيد . فهذا القانون لم ينظم إلا بعض أحوال مسئولية الشخص عن أضراره بمال الغير .

ولقد ظل الاعتداء على جسم الإنسان الحر خارجا عن نطاق قانون اكويليا حتى منح البريتور الرجل الحر الذي يصاب بجرح حق المطالبة بغرامة عن طريق الدعوى المقيدة فبالرغم من أن المساس بجسم الإنسان لم يكن معتبرا من الأضرار المادية إلا أن البريتور سمح استنادا إلى قانون اكويليا بتوقيع الجزاء على من يعتدى على جسم الإنسان الحر . وبهذا تطور المبدأ الذي بموجبه كان يحرم الشخص من الحصول على تعويض الأضرار التي تصيب جسمه^(١٠) .

والحقيقة أن هذا المبدأ لم يكن يستهدف منع تعريض الأضرار التي تصيب جسم الإنسان بقدر ما كان يستهدف إبراز سمو جسم الإنسان وعظمته والإشارة بقدرة

خالقه . بل أن المحافظة على هذا الجسم الذي يتسم بنوع من القدسية المستمدة من كون الجسم من أروع ما خلق على القدير تستلزم منع الاعتداء عليه وكفالة حمايته بأنجح الوسائل .

(ب) مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان .

مقتضى هذا المبدأ أنه لا يجوز المساس بتاتا بجسم الإنسان . لكن ماهو الأساس الذي يرتكز عليه هذا المبدأ وكيف يمكن استخلاصه .

أساس المبدأ .

وجدت ثلاث اتجاهات في هذا الصدد لإرساء دعائم مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان أولا :- تأكيد المبدأ دون محاولة إيجاد أساس له :-

ذهب جانب من الفقه والقضاء الفرنسي^(١١) إلى تأكيد هذا المبدأ الذي يقصد به بصفة عامة عدم جواز المساس بكل ما يمنع الدين مساسه - ويقصد به في صدد دراستنا عدم جواز المساس بسلامة الجسم لتعارض ذلك مع مبادئ الدين لكنهم لم يحاولوا تبرير المبدأ باعتباره من المسلمات البديهية التي

لا تحتاج إلى تأصيل لذلك يجب أن يكون مبدأ مطلقا وأى استثناء عليه لا بد وأن تقره صراحة نصوص القانون .

ثانيا : هل يمكن أن يكون الإنسان موضوعا لحق عيني ؟

بالرغم من أن جسم الإنسان لا يعتبر من الأشياء إلا أن الجدل قد ثار لمعرفة ما إذا كان يمكن أن يكون جسم الإنسان محلا لحق عيني . ووجد في هذا المجال اتجاهين : أولهما : يعتبر الإنسان مالكا لجسمه فله عليه حق ملكية وثانيهما : يرى أن الإنسان يعتبر صاحب حق انتفاع على جسمه . وسوف نعرض لكل اتجاه على حده .

«الإنسان على جسمه حق

ملكية»

كان من الطبيعي أن يتأثر التقنين المدني الفرنسي الصادر غداة الثورة الفرنسية بالنزعة الفردية وما تعلنه من فكرة سيادة الفرد وحرية الكاملة ولذلك نجد أن المادة ٥٤٤ منه تعرف حق الملكية بأنه الحق في التمتع والتصرف في الأشياء بالطريقة الأكثر اطلاقا

فبلورت هذه الأفكار في نطاق حق الملكية . ولذلك ظل في الأذهان أن حق الملكية هو النموذج البارز للحق المطلق فمالك الشيء يملك أوسع السلطات ويتمتع بأكبر حماية ومن ثم فقد نادى البعض لتبرير عدم جواز الاعتداء على جسم الإنسان بأن الإنسان يعتبر مالكا لجسمه ويستطيع الإنسان التصديق في مواجهة الكافة بحقه في سلامة جسمه لكننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى أن حق الإنسان في سلامة جسمه لا يتفق مع الخصائص العامة لحق الملكية^(١٢) .

وذلك لأن من المسلم به أن جسم الإنسان ليس من الأشياء لأن الملكية لا يمكن أن يكون موضوعها إلا الأشياء . كما أنه من المتفق عليه فقها وقضاء^(١٣) أن الإنسان لا يستطيع أن يتعرف في جسمه بالطريقة الأكثر اطلاقاً فهناك طائفة من التصرفات لا يمكن أن ترد على جسم الإنسان فهذا الرأي لا يحمي جسم الإنسان ضد تصرفات الشخص لنفسه . والقول بوجود حق ملكية يستلزم أن يكون هناك مالكا أي أن يوجد صاحب الحق مستقل عن الموضوع الحق وطبيعة جسم

الإنسان تتعارض مع ذلك حيث يتعدد صاحب الحق ومحل الحق^(١٤) . كما أن حق الملكية في صورته الحديثة لم يصبح ذلك الحق المطلق . بل أصبحت له وظيفة اجتماعية من شأنها أن تورد قيودا عديدة على سلطة المالك المطلقة .

الإنسان على جسمه حق انتفاع

أوضح هذا الاتجاه أن المحافظة على كل عضو من أعضاء الجسم ضرورية للمحافظة على سلامة الجسم ككل . ولذلك فالإنسان يجب عليه المحافظة على كل عضو من جسمه بالصورة التي تلقاها من الله . فالجسم مملوك ملكية ربة لله . ولكن الله يسمح للإنسان بالتمتع وباستعمال جسمه طوال حياته وعليه أن يعيده إلى الله مالك الرقبة بنفس الصورة التي تلقاها منه . ولذلك يجب على الإنسان أن يحافظ على جسمه فيحافظ على جميع عناصره ومكوناته ولا يستطيع أن يتصرف فيه لأن التصرف لا يكون إلا للمالك فالإنسان ليس له إلا حق انتفاع على جسمه . وتهدف هذه النظرية إلى الحد من السلطة المطلقة

التي يمكن أن يتمتع بها الإنسان تجاه جسمه لو اعتبرناه مالكا إياه فالقول بأن الإنسان منتفع فقط بجسمه يحد في سلطاته وخاصة منعه من التصرف في جسمه فالتصرف يكون لله فقط .

إلا أن هذه النظرية استهدفت للنقد أيضا فهناك خطورة أساسية لهذه النظرية تتمثل في التهديد الذي يمكن أن يتعرض له جسم الإنسان لو افترضنا وجود نظام يدعى بأن يرث الله في الأرض . فمن الواضح أنه يترتب على ذلك أن تصبح الدولة مالكة للرقبة أي للجسم وبالتالي تستطيع أن تفعل به ما تشاء .

كما أن حق الانتفاع باعتباره من الحقوق العينية لا يرد إلا على الأشياء وجسم الإنسان لا يمكن تشبيهه بالشيء .

ثالثا : فكرة استقلال الشخص الطبيعي :

نظراً للانتقادات التي وجهت إلى نظرية حق المنفعة ظهرت النظرية الحديثة في تفسير مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان والتي تتمثل في استخلاص فكرة استقلال الشخص الطبيعي كأساس

لمبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان . فكل شخص يجب أن يعتبر مقدسا ومصوناً بالنسبة للغير فلا يجوز مساسه بتاتا . وهذا المبدأ هو الذي يرتكز عليه كل الفقه القانوني فحرمة الشخص تهدف إلى أن تتيح له تحقيق الأهداف المنوط به تحقيقها وهي الوصول إلى الحقيقة والخير والجمال .

فاحترام الشخص من الغير يسمح له بالقيام بدوره كاملا في الحياة . ويجب على الشخص أيضا أن يحترم حقوق الآخرين بنفس الدرجة التي يجب أن يحترم بها حقوقه من قبل الغير . فهذا النوع من الاحترام المتبادل بين الأشخاص مبعثه استقلال كل شخص عن الآخر . ويرجع الفضل في ظهور هذا المبدأ^(١٥) إلى الأستاذ الفرنسي بواستل الذي يرى أن مبدأ عدم التداخل المتبادل بين الأشخاص يجب أن يكون الناموس الأعلى في العالم المادي المحسوس وفي عالم الأخلاق على السواء . ولكن يجب أن يلاحظ أن بواستل إذا كان قد توصل إلى مبدأ استقلال الشخص كأساس لحرمة الشخص نفسه فإنه لم يتوصل إلى مبدأ حرمة جسم

الإنسان . فكل بحثه كان منصبا على الشخص وتعريفه ولم يتعرض لجسم الإنسان إلا بصفة عرضية . في مجال الحديث عن الحق في الحياة وفي سلامة جسم الإنسان لكن كيف يمكن استخلاص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان ؟

استخلاص مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان .

لقد أوضح بعض الفقهاء^(١٦) أن حرمة الشخص الطبيعي تعني أول ما تعني أن كل شخص له أن يعترض على أي مساس بسلامة جسمه ويرفض الخضوع لإجراء تحاليل طبية أو عمليات جراحية . ففي رأي هذا الجانب من الفقهاء أنه ليس من المبلغ فيه القول بأن جسم الإنسان يضع الشخص بنفسه فهو الحيز المادي الذي تتجسد فيه الشخصية ومن ثم فلا داعي للجوء إلى فكرة الملكية فيكفي أن نعترف للإنسان بما يسمى بالحرية البدنية فهي تسمح له بالروح والغدو وأن يفعل أو لا يفعل كل هذه حريات تعطى للأفراد مكنت معينة يحميها القانون ضد أي اعتداء . وحرية الإنسان في

سلامة جسده تحميه قاعدة عدم جواز المساس بالجسم . فحق الإنسان على جسمه يدخل في نطاق الحقوق اللصيقة بالشخصية^(١٧) لاشك أن شأنه في ذلك شأن الحق في الاسم . فيوجد حق في سلامة الجسم وحق في الحياة يكفل لهما القانون الحماية اللازمة .

المبحث الثاني : مشروعية المساس بجسم الأدمي :

تمهيد : لما كان جسم الإنسان ليس من الأشياء فهو يخرج بالتالي عن دائرة التعامل ولا يصح أن يكون محلا للحقوق المالية . وأى اتفاق يكون محله جسم الإنسان يعتبر كقاعدة عامة باطلا بطلانا مطلقا^(١٨) . وهذه القاعدة تعتبر نتيجة منطقية لمبدأ عدم جواز المساس بجسم الإنسان .

ولكن إذا كان جسم الإنسان لا يصح أن يكون محلا للتعامل فإن ذلك لا يعني دائما وأبدا بطلان كل تصرف تكون له مجرد علاقة بجسم الإنسان . فالقاعدة السابعة قابلة للاستثناء ولكن بشروط مقيدة تتضمن عدم الاضرار بسلامة الجسد سواء كان حيا أو بعد وفاته

ولذلك ينقسم المبحث إلى مطلبين .

المطلب الأول : مدى شرعية الاتفاقات التي يكون محلها جسم الآدمي الحي إذا كان مبدأ الحرية المطلقة لجسم الإنسان تقضي عدم المساس بجسم الإنسان . وعدم فاعلية الإرادة بالنسبة للتصرفات التي من شأنها المساس بجسم الإنسان إلا أنه في مواجهة هذا المبدأ يوجد ما يسمى بمبدأ التضامن الإنساني^(١٩) . وهذا المبدأ يقصد به أن الإنسان يستطيع أن يقبل المساس بسلامة جسمه بشرط أن يهدف إلى تحقيق منفعة مشروعة للغير . ونبحث فيما يلي الصور التي يمكن أن تكون محلاً لهذه الاتفاقات مبتدئين من الصور الأسهل حتى الصور التي بها صعوبات كثيرة . فإذا كان محل الاتفاق جزءاً من الأجزاء القابلة للانفصال عن جسم الإنسان دون إلحاق أدنى مساس بالجسم أو بالحياة فلا خلاف في صحة مثل هذه الاتفاقات . فالشعر مثلاً يمكن فصله من الجسم دون أن يؤدي ذلك إلى أدنى مساس بسلامة الجسم وعلى هذا . تعتبر صحيحة الاتفاقات التي يكون محلها

شعر الإنسان . كما يعتبر صحيحاً الشرط الذي يلزم الممثلين بتصفيف شعرهم بطريقة معينة أو صبغها بلون معين أو حتى ضرورة حلق رأسهم تماماً . ولا يؤثر في صحة هذه الاتفاقات ما قد يصيب الإنسان من تشويه لجماله . فالإرادة تنتج أثرها في هذا الصدد وبالتالي يلتزم الشخص بتنفيذ ما تعهد به .

كما يعتبر ما يسمى في الشريعة الإسلامية بإجارة الظئر فيجوز أن تلزم امرأة بارضاع طفل غير طفلها مقابل أجر معين . فإذا كان لبن الأم يعتبر من ثمار الجسم ونتاجه إلا أن المساس به لا يؤثر على سلامة الجسم بل أن اللبن وجد لينفصل عن الجسم^(٢٠) وسنعود لشرح مثل هذا الاتفاق بالتفصيل في الجزء الخاص بالفقه الإسلامي .

وإن كانت الحالتين السابقتين لم تثر خلافاً حول صحتها فإن الخلاف يأتي لمعرفة صحة الاتفاقات التي يكون محلها الدم البشري .

فمن ناحية يترتب على نقل الدم أن يضعف جسم المتصرف في دمه وتقل درجة مقاومته للأمراض . ولكن من

ناحية أخرى فإن نقل الدم إلى شخص مريض قد يترتب شفاؤه وتحسن حالته بل وبقاؤه على قيد الحياة . فالمصلحة الصحيحة للغير والتضامن الإنساني يستلزم نقل الدم إلى المريض ولذلك فإننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى صحة الاتفاقات^(٢١) التي ترد على دم الإنسان بشرط ألا تكون من شأن كمية الدم المتصرف فيها أن تؤثر في صحة المتصرف . فلا يصح التصرف إلا في حدود الكمية اللازمة لشفاء المريض وبشرط ألا تكون تلك الكمية من شأنها التأثير في صحة المتصرف . ففي هذه الحالة يعود بيع الدم بالنفع الكبير على المريض ولا يؤدي إلا إلى الضرر القليل بصحة المتصرف . كما أنه لا يجوز التصرف في الدم لأغراض العلاج . فهذا الهدف هو الذي يبرر الخروج على مبدأ حرمة المطلق لسلامة الجسم . فالخروج عن هذا المبدأ لا يكون إلا لمقتضيات التضامن الإنساني . فيجب أن يهدف التصرف في الدم إلى تفادي ألم شديد أشد من الألم الذي يلحق بجسم المتصرف ولكن بشرط عدم الإضرار بصحة

المتصرف . فالذى يبرر هذا التصرف هو من ناحية الضرر اليسير الذى يعيب المتصرف والنفع الكبير الذى يعود على المتصرف إليه . ويعتبر مثل هذا التصرف صحيحاً سواء أكان بعوض أم بدون عوض (٢٢) .

كما يعتبر صحيحاً الاتفاق بين الطبيب والمريض على إجراء عملية جراحية ولو كان يترتب عليها بتر عضو من أعضائه . فمثل هذا الاتفاق يهدف إلى تحقيق مصلحة مشروعة للمريض وهى تخليصه من الآلام أو تفادى ضرر أكبر . أما إذا كان يستحيل الحصول على موافقة المريض أو أقربائه وكانت هناك ضرورة عاجلة تستلزم الإقدام على جراحته دون تأخير فإن الطبيب يجوز له إجراء الجراحة تحقيقاً لمصلحة المريض رغم تخلف إذن صاحب الشأن (٢٣) .

ولكن إذا كان مبدأ التضامن الإنسانى يبرر التمسك بالاتفاقى بجسم الأدمى تحقيقاً لمصلحة الغير الجديرة بالرعاية فليس معنى ذلك أن للشخص أن يتصرف فى جسمه كيفما شاء . فما هى

الحدود التى لا تستطيع الإرادة أن تنتج أثرها فيما يتعلق بالتصرف فى الجسم الأدمى ولا يستطيع مبدأ التضامن الإنسانى أن يبرر مثل هذا التصرف . ؟

إذا كانت الإرادة تنتج أثرها تحقيقاً لمصلحة الغير وإعمالاً لمبدأ التضامن الإنسانى فإن أى تصرف يعتبر باطلاً إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى وفاة المدين أو جعل موته محتملاً أو حياته فى خطر .

فالحياة الإنسانية لا يمكن أن تكون محلاً لاتفاق مشروع . فيعتبر باطلاً الاتفاق الذى بمقتضاه يطلب شخص من آخر قتله لراحته من مرض مستعصم . والملتزم بمثل هذا الالتزام إذا قام بتنفيذه يكون مسئولاً عن قتل عمد كما يكون مسئولاً من الناحية المدنية . فالإرادة غير قادرة على تبرير ذلك الاتفاق لأن محل الاتفاق هو الحياة الإنسانية وهى غير قابلة للتعامل . فمثل هذه الاتفاقات تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً (٢٣) .

كما يعتبر باطلاً كل اتفاق يكون من شأنه التمسك بالأجزاء الحيوية اللازمة

لحياة الإنسان وبقائه . فيعتبر باطلاً الاتفاق الذى بمقتضاه يتعهد شخص بالتنازل عن قلبه حال حياته إلى شخص آخر (٢٤) .

ويثور التساؤل أخيراً لمعرفة مدى صحة الاتفاقات التى من شأنها أن نصيب جسم الأدمى بعجز دائم أو مستديم ولكن دون أن يكون لها تأثير على حياة الإنسان مثل التبرع بالعين أو بتر عضو من أعضاء الجسم أو التعقيم (٢٥) .

ويبدو هنا بوضوح مدى ما قد يظهر من تعارض بين مبدأ سلامة جسم الإنسان وبين مصلحة الغير أو ما قد تمليه مقتضيات التضامن الإنسانى . فمن يتنازل عن قرنية عينه يصاب بضرر مستديم غير قابل لأن يعوضه الجسم ولكن تظهر من ناحية أخرى مصلحة الغير الذى قد يرد إليه نور الحياة وكذلك الحال فى حالة التبرع بكلىة أو إحدى الرئتين . فما مدى فاعلية الإرادة بصدده هذه الاتفاقات . ؟

ثارت هذه المشكلة أمام الفقه والقضاء الأجنبى فى فترة كان التقدم العلمى لم يصل

إلى الحد الهائل الذي وصل إليه في تلك الحقبة الأخيرة من هذا القرن ونستعرض فيما يلي هذه الاتجاهات ثم بعد ذلك نرى مدى توافق ذلك مع التقدم العلمى الحديث .

ذهب غالبية الفقه الفرنسى إلى عدم مشروعية الإتفاق الذى بمقتضاه يقبل شخص بتر عضو من أعضاء جسمه حتى ولو كان ذلك لتحقيق مصلحة كبرى للغير والطبيب الذى يقوم بإجراء عملية جراحية معتمداً على فاعلية مثل ذلك الإتفاق يعتبر مرتكباً جريمة جرح عمد . ويكون بطبيعة الحال مسئولاً من الناحية المدنية (٢٦) . ولقد واجهت المادة الخامسة من القانون المدنى الإيطالى تلك المشكلة فقررت تحريم كل تصرف يرد على جسم الإنسان إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى إضعاف سلامة الجسم بصفة مستديمة أو كان مخالفاً للقانون أو النظام العام أو الآداب العامة . وحرم كذلك المشروع التمهيدي للقانون المدنى الفرنسى التصرفات التى من شأنها أن تمس أساساً خطيراً ونهائياً بسلامة الجسد . ونذهب مع بعض الفقهاء (٢٧) إلى أنه يمكن تلخيص شروط مشروعية

الإتفاق الذى يكون موضوعه جسم الأدمى فى :

أولاً : لا يجب أن يترتب عليه اصابة المتنازل بضرر غير قابل للإصلاح ويكون أساساً مستديماً بجسمه فارادة الشخص غير قادرة على إبرام مثل هذه التصرفات .

ثانياً : يجب أن يترتب على الإتفاق تحقيق مصلحة كبيرة للغير تزيد فى قدرها على الضرر الذى يعيب المتنازل من جراء المساس بجسمه . فالشخص يتحمل ضرراً طفيفاً فى سبيل أن يتفادى ضرراً بالغاً قد يلحق بالغير إذا لم يتم التنازل .

وهذا رأى مستوحى من مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان فلا يمكن أن تصلح فكرة التضامن الإنسانى كمبرر للمساس غير القابل للإصلاح بجسم الإنسان . فتلك الفكرة لا يمكن إعمالها إلا حيث يكون المساس بجسم الإنسان قابل للإصلاح . وهذا رأى تظهر أهميته فى المحافظة على سلامة جسم الإنسان واكتمال كيانه المادى .

ولكن إزاء التقدم العلمى الحديث تفتحت آفاق جديدة لاتخاذ ملايين المرضى والعجزة فلقد أصبح من الممكن علمياً نقل بعض

الأعضاء من جسم إلى آخر (٢٨) ولكن العقبة التى تقف فى سبيل علاج هؤلاء المرضى هو عدم توافر قطع الغير اللازمة لعلاجهم نظراً لعدم تقدم وسائل المحافظة على أعضاء الجسم الأدمى بعد وفاته . ولذلك فأمل هؤلاء المرضى فى الشفاء يتوقف على مدى مشروعية الإتفاق مع شخص على أن يتنازل عن عضو من أعضاء جسمه لانقاذ حياة شخص آخر . ولماذا لم يتطور القانون لمواجهة مثل هذه الحالات حقيقة لم يوجد فى التشريع الوضعى المصرى سوى القانون ٧٨ لسنة ١٩٨٧ لسنة ١٩٦٠ فى شأن التبرع بالدم والقانون ١٦٢ لسنة ١٩٦٣ الخاص بالتبرع والا يساء بقرنية العيون وسنعود إلى دراسة تفصيلية لشرح أحكامها عند بيان الأساس القانونى لتبرير مشروعية المساس بجسم الأدمى . ومع ذلك ذهب بعض الفقهاء إلى مشروعية تلك الإتفاقات طالما أن المخاطر التى يتعرض لها المتنازل له أكثر من المخاطر التى يتعرض لها المتنازل عن جزء من جسمه . فهو يبيع بصفة عامة المساس والاضرار المستديم بجسم الإنسان إذا كان فى ذلك للغير مصلحة جديرة بالرعاية فهو

يقيم نظرته على أساس الموازنة من جهة ما بين النتائج التي تترتب على بتر عضو من جسم الإنسان ومن جهة أخرى بين المنفعة التي تعود على الغير من نقل تلك العضو إليه فإذا كانت تلك المصلحة تصل إلى حد الضرورة الملحة فإنها تبرر المساس المستديم بجسم الإنسان المتنازل .

هذه النظرة وإن كانت تواجهها مقتضيات التقدم العلمى الحديث والمصالح الضرورية للغير إلا أنها تتغاضى إلى حد كبير عن مبدأ سلامة الجسم وتعالى فى رعاية مصلحة الغير . لكن هل من سبيل إلى التوفيق بين هاتين المصلحتين المتعارضتين دون إهدار مبدأ سلامة الجسم نذهب مع بعض الفقهاء (٣٠) إلى أنه للتوفيق بين هاتين المصلحتين أنه يجب التفرقة بين بتر عضو من الأعضاء الذى يترتب عليه المساس بمجرد الناحية التشريحية للجسم وبين المساس الذى من شأنه أن يؤثر فى الناحية الوظيفية لذلك العضو . فإذا كان المساس بالناحية الأولى يعتبر مشروعاً أما إذا كان الثانية فإنه يكون

غير مشروع . والخلاصة أن المساس المستديم بجسم الإنسان لا يكون مشروعاً إلا إذا كان من شأنه ألا يؤدى إلى المساس بأداء الجسم لوظائفه وأن يكون هناك مصلحة حيوية للغير تبرر مثل ذلك الاتفاق . وفى هذا المجال لابد من التعاون التام بين رجال القانون والطب حتى يكون هناك نوع من العمل المشترك يؤدى للخير العام .

المطلب الثانى : مدى شرعية الاتفاقات التى يكون محلها جسم الأدمى بعد الوفاة .

الحق فى سلامة الجسد يمتد إلى ما بعد الوفاة وذلك فى صورة حق الفرد فى احترام جثته وأبرز مثال لحماية الجثة هو ما يقرره قانون العقوبات من تحريم نبش القبور لما فيه من مساس بحرمة جثة الإنسان .

والمشكلة مثار البحث هنا هو مدى فاعلية إرادة الشخص فى إبرام تصرفات قانونية يكون محلها جثته فيما بعد وفاته من الناحية الخلقية أو الدينية . وسوف نفصل ذلك فى الجزء الخاص بالفقه الإسلامى .

فقد أباحت الكنيسة الكاثوليكية على لسان البابا بيوس السابع نقل القرنية من الميت إلى شخص آخر . ولفت البابا النظر إلى ما يترتب على هذه العملية من منح أو تحسين نعمة البصر إلى الكثير من الأفراد ولقد أجاز القانون الفرنسى صراحة عام ١٩٤٩ الإيصاء بالعيون إلى مؤسسة عامة أو خيرية تجرى أو تساعد فى إجراء عملية نقل القرنية . ولقد أباحت لجنة تعديل القانون المدنى الفرنسى التصرفات التى بمقتضاها يتصرف الشخص فى كل أو جزء من جسمه طالما أن هذا التصرف مضاف إلى ما بعد الموت . فمن المسلم به فى القانون الفرنسى أن التصرفات القانونية التى ترد على جثة الإنسان بعد وفاته تعتبر تصرفات سليمة وصحيحة بإرادة الشخص تنتج أثرها كاملاً فى صحة مثل هذه التصرفات .

ولكن الحقوق التى ترد على جثة الإنسان يجب أن تستهدف تحقيق غرض مشروع . فيجب أن يستهدف التصرف تحقيق مصلحة مشروعة للغير يكون من

شأنها تبرير المساس بحرمة
جثة الميت .

فلا يجب أن يفهم أن جثة
الإنسان لا تتمتع بأى قدر من
الإحترام والقدسية . وبالتالي
تصح جميع التصرفات التى
ترد عليها^(٣٢) .

بل أنه يجب إجراء موازنة
مع مبدأ احترام هذا الميت
وبين مصلحة الغير التى تبرر
المساس بالجثة . ومتى انعدم
شرط المصلحة أو كانت
ضئيلة بحيث لا تستطيع أن
تصبح مبرراً كافياً للمساس
بجثة الإنسان فإن التصرف
الذى يرد على الجثة يكون
غير مشروع ولتقدير مدى
مشروعية التصرف يلجأ إلى
نص المادة ١٣٦ مدنى : إذا لم
يكن للإلتزام سبب أو كان سببه
مخالفاً للنظام العام أو الآداب
كان العقد باطلاً . وسنزيد ذلك
تفصيلاً عند بحث المسألة فى
نطاق القانون المدنى .

وأهم استعمال مشروع
للجثة والذى من شأنه تبرير
التصرف الذى يرد على الجثة
هو استعمالها لأهداف علاجية
مثل نقل عضو من الجثة إلى
شخص آخر حتى لانقاذ حياته
أو تحسين صحته . كما أنه
يعتبر مشروعاً التصرف الذى
يسمح بإجراء دراسات
وتشريح الجثة لأغراض
علمية .

ولكن يعتبر غير مشروع
وباطل كل تصرف يرد على
جثة الشخص يستهدف تحقيق
مجرد أهداف اقتصادية مثل
ما كان يحدث فى ظل النازية
من استعمال^(٣٣) جثث
الموتى لإنتاج بعض أنواع
الأسمدة والكيمائيات .

فيعتبر باطلاً التصرف
الذى بمقتضاه يبيع شخص
جثته بعد الوفاة إلى رجل
أعمال لاستعمالها لأغراض
صناعية .

كما أن الحقوق التى ترد
على الجثة يجب أن تكون ذات
طبيعة احتياطية أى أنه لا يلجأ
إلى ترتيب الحقوق التى ترد
على الجثة إلا إذا لم يكن هناك
أى وسيلة أخرى لإشباع
وتحقيق مصلحة الغير ويكون
للمتصرف أن يرجع عن
تصرفه فى أى وقت . ومتى
كان سبب التصرف مشروعاً
فإنه يعتبر صحيحاً سواء كان
التصرف بعوض أم بدون
عوض^(٣٤) ولا يمكن
الإعتراض على التصرف
بعوض على أساس أن هذا
التصرف ينطوى على تعامل
على تركه مستقبلاً طبقاً لنص
المادة ١٣١ مدنى .

وتبرير ذلك أنه إذا كانت
الحكمة من تحريم التعامل على
تركة مستقبلاً هو حماية

المتصرف من طيشه وأن يقع
فريسة للمرابين إذا كان
يتصرف فى التركة نظير
الحاجة الشديدة إلى المال فإن
هذه العوامل لا يستتبع
وجودها فى حالة التصرف فى
الجثة . وقد اعترض البعض
على التصرف بعوض فى
الجثة^(٣٥) بقولهم أن ذلك يمنع
المتصرف من الرجوع فى
التصرف فقد يخشى إذا أراد
الرجوع فى التصرف أن يرد
الثمن إلى المتصرف إليه .

وبالتالى قد يكون ذلك عائقاً فى
سبيل حريته فى الرجوع فى
التصرف . إلا أن ذلك مردود
عليه بأن التصرف فى جثة
الإنسان يمكن أن يخضع
لقواعد خاصة به . وهذه
القواعد تبيح للمتصرف
الرجوع فى تصرفه حتى ولو
كان التصرف بعوض ويعطى
الشخص مهلة كافية لرد
العوض الذى تلقاه . وأخيراً
يمكن القول بأن السماح
بالحصول على مقابل للجثة أو
لعضو من أعضائها يشجع
الأفراد على التصرف فى
جثثهم بعد الوفاة . والقول
بضرورة أن يكون التصرف
تبرعياً يعتبر نوعاً من المثالية
تنقصه الواقعية المستمدة من
طبائع البشر .

المبحث الثالث : الأساس القانوني لتبرير التصرف في جسم الآدمي

تمهيد : لقد ظهر اتجاه حديث نسبياً يسمح للشخص بأن يتصرف في جزء من جسمه من أجل زرعه في جسم شخص مريض . فلم يقف عدم وجود النص التشريعي عقبة في سبيل البحث عن وسيلة قانونية مناسبة لإباحة هذا التصرف بجسم الإنسان . وهذا يعكس لنا بوضوح مدى تأثير التقدم العلمي على القانون . فحتى عام ١٩٦٧ لم يكن في الفقه المقارن سوى فقيه واحد (٣٥) يرى مشروعية هذه العمليات . وبعد نجاح كثير من عمليات زراعة الأعضاء فلم يزود الثقة في هدم الحواجز القانونية التي تعوق استفادة المرضى من التقدم الطبي الهائل الذي حدث في تلك الآونة الأخيرة من هذا القرن . ومن أجل ذلك توصل الفقه والقضاء الأجنبي إلى رسائل قانونية تؤدي إلى مشروعية التصرف في جسم الآدمي ولذلك ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين :

المطلب الأول : موقف الفقه من إباحة التصرف في أعضاء الجسم الآدمي

المطلب الثاني : موقف القانون الوضعي المصري من إباحة التصرف في أعضاء الجسم الآدمي

المطلب الأول

موقف الفقه والقضاء من إباحة التصرف في أعضاء الجسم الآدمي

توصل الفقه والقضاء إلى إرساء القواعد السليمة والمعقولة للمشاكل التي تنشأ عن التطور العلمي فهناك ثلاث وسائل قانونية تؤدي لمشروعية التصرف في الجسم الآدمي وهذه الوسائل الثلاثة تبناها في الفقه ثلاث اتجاهات أساسية هي :

١ - الاتجاه الأول :

نظرية السبب المشروع كأساس لمشروعية التصرف في جسم الآدمي رغم أن مبدأ حرمة جسم الإنسان من المبادئ المستقرة لكن الواقع يكذبه في غالب الأمر . منذ القدم كانت هناك العديد من الاتفاقات التي يتم تنفيذها على جسم الإنسان ولم يكن الهدف من هذه الاتفاقات يثير جدلاً حول مشروعيتها . ومن أمثلة

ذلك قص شعر الآدمي وممارسة الألعاب الرياضية وغير ذلك .

وإزاء هذا التعارض بين المبدأ والعمل الواقعي ذهب الفقه إلى القول أن جسم الإنسان أصبح محلاً للمعاملات القانونية (٣٦) ولكن ذلك يعني مشروعية جميع التصرفات التي ترد على جسم الآدمي وكأنما فرق بينه وبين الشيء . ولذلك لابد من تحديد التصرفات المشروعة من غير المشروعة .

فالقول بعدم مشروعية التصرف يعني إعمال مبدأ حرمة جسم الإنسان الذي يضع الإنسان فوق الاتفاقات القانونية ويضعه في مركز سام . فعدم المشروعية ليس إلا الوسيلة الفنية التي يعبر بها عن مبدأ حرمة الجسم (٣٧) .

ولذلك لابد من البحث عن أساس عدم المشروعية . يوجد ثلاثة وسائل ممكنة لإبطال التصرفات غير المشروعة فهناك المادة السادسة من القانون المدني الفرنسي التي تبطل كل اتفاق ينطوي على مخالفة للقوانين التي تتعلق بالنظام العام والآداب وهناك أيضاً المادة ١١٢٨ التي تقرر

أنه لا يمكن أن يكون محلاً لاتفاق مشروع إلا الأشياء التي تدخل في المعاملات . والمواد ١١٣١ ، ١١٣٣ تؤيدان إلى بطلان الإلتزام الذي يكون سببه غير مشروع . والسبب غير المشروع هو السبب الذي يحرمه القانون لتعارضه مع النظام العام أو الآداب .

وأول نص يستحق الدراسة هو نص المادة ٦١ مدني فرنسي الذي يمنع الأشياء التي لا تدخل في التعامل من أن تكون محلاً لاتفاقات مشروعة . ولذلك فإن وجود مبدأ حرمة الجسم الأدمى جعل بغض الفقهاء يعتقد (٣٨) استحالة أن يكون الجسم محلاً للإلتزام مشروع .

ولكن ما المقصود بخروج جسم الأدمى عن دائرة التعامل ؟

يجب أن نحدد بدقة المقصود بخروج الشيء عن دائرة التعامل ، فإذا كان يقصد به الأشياء غير القابلة للملك الخاص أو للتصرف فإن سلامة الجسم والعناصر المكونة له تدخل في عموم هذه العبارة . فجسم الأدمى من الأشياء التي تقبل الملك أو التصرف والقول بغير ذلك

يؤدي إلى إمكان التصرف في الجسم بجميع الطرق الممكنة قانوناً بما فيها بيع الشخص برمته وإذا كان لا يوجد أدنى شك حول المبدأ نفسه إلا أننا نتساءل عن القيود التي يفرضها على الحرية التعاقدية . يترتب على هذا المبدأ تحريم نقل ملكية الجسم الأدمى واستحالة إبرام اتفاقات وإذا نظرنا إلى الحق في الحياة والحق في سلامة الجسم على أنهما من الحقوق اللصيقة بالشخصية فإن الرأي السائد يرى أنهما لا يدخلان في الذمة المالية . فهذه الحقوق لا يمكن أن تكون محلاً للتعامل . ولكن يرد على ذلك بأن الكثير من الإتفاقات ترد على الحقوق غير المالية لتلك الحقوق التي تتعلق بحضانة الطفل وتعليمه في القانون الفرنسي (٣٩) . لا يقبل القول أن هذه الحقوق تستعصي التقويم بالمال . فهذه الحقوق يمكن تقويمها بالقاضي يستطيع وبسهولة أن يقدر مبلغ التعويض الذي يستحقه الشخص في حالة إصابته في جسمه .

وعندئذ لا يمكن أن يكون عدم مشروعية التصرف في جسم الإنسان أن يكون على

أساس استحالة المحل (٤٠) . والسؤال الذي يثار بتلك المناسبة هو هل يمكن أن يكون بطلان الاتفاقات الواردة على جسم الإنسان بسبب مخالفة المحل للنظام العام والآداب .

فقد يكون الشيء غير قابل للتعامل فيه لأن ذلك غير مشروع . وعدم المشروعية إما أن ترجع إلى وجود نص في القانون أو إلى مخالفة هذا التعامل للنظام العام أو الآداب . فالنظام العام يوجب أن يكون أفراد المجتمع أصحاء وفي حالة جيدة . فمصلحة الأمة تقتضي احترام الحياة وعدم المساس بها . وتقتضي الآداب أن يكون المساس بجسم الإنسان بالتصرف فيه مما يتعارض مع الأخلاق الأساسية التي يقوم عليها المجتمع .

وينبغي أن يلاحظ أن الاعتبارات الإضافية والخلقية التي تؤدي إلى بطلان الإتفاقات التي يكون محلها المساس بالجسم البشري . فهي تستلزم أن توضح حدود للاتفاقات الباطلة . فيوجد بعض الإتفاقات التي يكون محلها المساس بجسم الإنسان

مثل إجراء عملية جراحية ولكن نظراً لأنها تستهدف حماية الجسم وتفادي ضرر أكثر خطورة فإن موجبات النظام العام تستلزم القول بمشروعية هذه الإتفاقات . وعندئذ يمكن القول أن الإتفاقات التي يكون المساس بجسم الإنسان يكون بعضها مشروعاً والبعض الآخر غير مشروع . والذي يقدم بهذا التقرير القاضي وذلك على أساس الموازنة بين الخطر الذي يتعرض له الشخص والنتيجة التي تترتب على هذا المساس . وهنا ينبغي الوقف عند المقصود بالسبب الذي يبرر التصرف في جسم الإنسان ويجعله مشروعاً .

يقصد بالسبب هنا الباعث الدافع للتعاقد أي الهدف من التصرف ودوافع هذا التصرف فيعتبر التصرف في جسم الإنسان مشروعاً إذا كان هناك تناسب بين المساس الحال أو المؤجل بالجسم والهدف من ذلك (٤١) . إلا أن التصرف بهذه الصورة يؤدي إلى مساس مستديم بجسم الإنسان . ففي مواجهة مبدأ حرمة جسم الإنسان يوجد مبدأ آخر هام هو ضرورة مراعاة مقتضيات التضامن

الإنساني (٤٢) فمتى كانت الحقوق التي تترتب على المساس المستديم بالجسم تستهدف تحقيق مصلحة أشخاص آخرين وتنطوي على أداء لواجب التضامن الإنساني فإن ذلك يؤدي لفاعلية ومشروعية التصرف الذي يرد على جسم الإنسان . ويسرى على ذلك، الإتفاقات التي تنطوي على مساس بالجسم قابل للإصلاح مثل نقل الدم . فهذا الإتفاق يعتبر مشروعاً متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير وتكون أهم من الضرر الذي سيصيب المتنازل عن دمه .

وأما عن التصرف الذي يؤدي إلى مساس مستديم بجسم الإنسان غير قابل للإصلاح فإنه يمكن القول أنه إذا لم توجد قاعدة وضعية تحرم ذلك فلا بد من الرجوع إلى الوسائل الفنية لتبرير مثل هذا التصرف . وتحقيقاً لذلك فلا مفر من أن يقدم القاضي بهذه العملية التقديرية أي الموازنة على المستوى الأخلاقي . فالقاضي لا يستطيع القيام بهذه العملية أي تقرير مدى ومشروعية هذه التصرفات إلا بالنظر إلى الإعتبارات الخلقية . وهي لا تعارض

المشروعية طالما أن سبب التصرف هو تحقيق مصلحة علاجية للغير . فهذه المصلحة هي التي تبرر فاعلية رضاء الشخص بهذا المساس فلا يجوز لشخص أن يتنازل عن قرنية عينه إلا من أجل إنقاذ شخص آخر من العمى . كذلك لا يجوز لشخص أن يتنازل عن إحدى الكليتين إلا إذا كانت المخاطر التي يعاني منها المريض أكثر من تلك التي سيتعرض لها المتنازل . وحاصل القول أن التصرفات التي ترد على جسم الإنسان بالتصرف في أحد أعضائه وتؤدي إلى مساس مستديم به ، تعتبر صحيحة بشرط أن يكون سبب التصرف مشروعاً . ويكون السبب كذلك متى كان يستهدف تحقيق مصلحة علاجية للغير .

٢ - الإتجاه الثاني : حالة الضرورة .

يقصد بحالة الضرورة في مجال إباحة التصرف في أعضاء الجسم الأدمي حالة الموازنة بين القيم المختلفة التي توجد في الحياة (٤٣) الموازنة بين فقد أحد أعضاء الجسم ونقله إلى آخر بقصد الاستشفاء . أي المقارنة بين

الخطر والأمل وفرصة الشفاء وتكون تلك الموازنة بالنظر إلى المستقبل ومن ثم فهي تبنى على الإحتمال . وحساب الإحتمالات يلعب دوراً كبيراً في هذا المجال ويقوم على ما يسمى بقانون الكثرة^(٤٤) حيث يمكن استخلاص قوانين إحصائية وعلى المستوى الإحصائي فإن حساب الإحتمالات يعطينا نتائج مؤكدة بالنسبة لاحتمالات النجاح والفشل : أما بالنسبة للحالة الفردية الواحدة فإن عدم التأكيد يكون قائماً فقانون الكثرة يقوم على الغالب ولكن يصح جداً ألا يتحقق في حالة معينة^(٤٥) . ويتميز عمل الطبيب على جسم الإنسان بأن له جوهر معين لم يعد في الوقت الحاضر هو فن الشفاء للمريض ولكن يذهب إلى أبعد من ذلك بأن عمل الطبيب أصبح له القدرة على القيام بتوجيه وتنظيم الحياة العضوية للإنسان بالنظر إلى ظروفه المهنية من خلال التدخل والمساس بالجسم الأدمى . ومن أجل ذلك ينبغي وبتحفظ شديد أن إجراء الموازنة الشديدة بين المخاطر التي يتعرض لها المعطى إذا تصرف في أحد أعضاء جسمه

وبين الأخذ في الأمل الذي يحتمل أن يستفيد منه المريض من جهة أخرى . ونرى أنه لا مجال لإعمال هذه النظرية لأن المتنازل شخص سليم يترقب على تنازله عن أحد أعضاء الجسم إصابته بعامة مستديمة ولا يمكن بحال من الأحوال القول بأن مصلحة الأخذ في حد ذاتها أرجح من مصلحة المتنازل ولذلك فإن هذه الموازنة إن كان لها مجال لأبد وأن تتم في الظروف الآتية^(٤٦) :

أولاً : أن يكون هناك خطر محقق بالمريض ويكون في عدم نقل عضو جديد له بدل العضو التالف من شأنه أن يؤدي لا محالة إلى الموت ولا يقدح في توافر الخطر كون من يتعرض له غير من يتنازل عن جزء من جسمه . فلا يشترط أن يكون الخطر محدقاً بالشخص نفسه بل يكفي أن يكون محدقاً بالغير كما هو الحال بالنسبة للدفاع الشرعى . ونص المادة ١٦٨ مدنى صريح في توافر حالة الضرورة متى سبب الشخص للغير ضرراً لیتفادى ضرراً أكبر محدقاً .

ثانياً : يجب أن يكون

الخطر المراد تفاديه أكبر بكثير من الضرر الذى وقع ويكون ذلك إذا كان قيام الشخص بالتنازل عن جزء من جسمه مثل الكلية فإن الخطر الذى يتعرض له المتنازل المعطى أقل بكثير من الأخذ المريض حيث أنه يتعرض لخطر الموت فى الحال وبإجراء هذه الموازنة فإن المعطى لا يصاب إلى بنقص فى الصفة التشريحية للجسد أما الأخذ فإنه يتعرض للموت لا محال فالتنازل هنا يكون لتفادى ضرر أو خطر جسيم .

إلا أنه ينبغي القول فى هذه الأحوال أنه يجب البحث بل إجراء هذا التنازل عن مدى تجانس الخلايا حتى لا تفاجىء بوجود طرد للعضو الذى ينقل إلى المريض . فبدلاً من أن تحل مشكلة توجد مشكلتين .

ويصبح وجود شخصين معلولين بدلاً من واحد .

ويجمع الفقه الفرنسى على أن حالة الضرورة لا تصلح للقول بمشروعية التصرف فى أعضاء الجسم البشرى وإنما يشترط رضا المعطى عن هذا التنازل عن جزء من الجسم^(٤٧) .

٣ - الاتجاه الثالث :

رضاء المجنى عليه بشرط تحقيق نفع اجتماعي .

لما كان الإنسان يعيش في المجتمع كعضو نافع فيه يلقي على عاتقه مجموعة من الواجبات وهذه الواجبات يقابلها حق المجتمع في اقتضاؤها . ولا يستطيع الفرد أن يقوم بها إلا إذا كانت سلامة جسده مصونة . وكل اعتداء يمس هذا الحق يقلل في الوقت نفسه من مقدرة صاحبه من أداء لهذه الوظيفة (٤٨) . ومن ثم يكن للحق في سلامة الجسد نطاقان الأول يتمثل في الجانب الفردي والثاني في الجانب الاجتماعي ومما لا يتطابقان في حالة تنازل الشخص عن جزء من أعضاء جسمه يترتب عليه فوات المنفعة أو إصابته بعمامة مستديمة وقد يتطابق الجانبان أي تكون هناك حالات واضحة للمشروعية لأن التصرف في أعضاء الجسم وإن كان يمس الكيان المادي للجسم إلا أنه لا يتقصى بأي حال من الأحوال من الإمكانيات التي تتطلبها الوظيفة الاجتماعية للمجتمع (٤٩) وذلك يتضح تماماً في حالة عملية نقل الدم

إلى شخص يجري عملية جراحية . إلا أننا ينبغي التحفظ الشديد في الأخذ بهذا الرأي ويجب أن يقيد نقل الدم من شخص إلى آخر متى كان المتنازل عن الدم قوى البنية وصحيح غير معتل صحياً .

وبناء على ذلك فإن للمجتمع ارتفاق على الجسم ولا يجوز للشخص أن يتصرف في الحق في سلامة الجسم فيما يتعلق بجوانبه التي تمس ارتفاق المجتمع . ولكن إذا تجاوزنا هذه الحدود فيتحرر الحق من ارتفاق المجتمع ومن ثم فلا مفر من أن يعترف لصاحبه بسلطة التصرف فيه . ويكون ذلك بالرضاء فهو الذي يبيح مثل هذا التصرف (٥٠) .

رأينا في الموضوع :

لا شك أن في موافقة المتنازل عن جزء من جسمه لينتفع به غير هو تضحية تقوم على أساس من التضامن الإنساني . وهذا التضامن في حد ذاته لا يقوم إلا برضاء المتنازل عن هذا الجزء من الجسد . ومن ثم فإن عنصر الرضاء هو المعول عليه في هذا التصرف . ولكننا لا نجيز هذا التصرف إلا بالنسبة

للأجزاء التي تقبل التجريد من جسم الإنسان كنقل الدم وإن كان قد ذهب بعض الفقهاء (٥١) في مجال إباحة نقل الدم إلى أنه لا حاجة للحصول على رضاء من ينقل منه دمه وذلك تأسيساً على عدم خطورة سحب الدم من الشخص لأنه سيعوض هذا النقص في الجسم وأما عن التنازل عن باقى الأجزاء التي لا تقبل التجريد والتي يترتب عليها المساس المستديم أي إلحاق ضرر دائم فإنه احتراماً لكرامة الإنسان وحفاظاً على الكيان البدني فإنه لا يجوز للشخص هذا التنازل . ونذهب مع اتجاه نرى تأييده (٥٢) إلى أن إباحة التصرف في بعض الأجزاء المزبوجة مثل الكلية والرئة لينتفع بها آخر في حاجة ملحة وضرورية تقوم على أساس التضامن الإنساني أكثر من كونها حالة ضرورة . وهو في المجال الفردي يتطلب تطوع الشخص ليتضامن مع غيره من البشر . فهو يكشف عن خلق عميق واستعداد للتضحية من أجل شفاء الغير ويخلق منه عضواً صالحاً في المجتمع . ولذلك فلا يمكن إجبار أحد على التضامن وإنما يشترط القبول أو الرضاء

الواعى المتبصر. (٥٣) . ومن أجل ذلك لا يجوز المساس الجزئى بالجسم إلا بعد الحصول على موافقة المتنازل .

المطلب الثانى

موقف القانون الوضعى المصرى

تمهيد :

ما زال كيان الإنسان الجسدى محل اهتمام للحماية القانونية سواء فيما يتعلق بقواعد القانون الدستورى أو قواعد القانون الجنائى . واهتمت هذه القواعد بإضفاء الحماية الجسدية وتنظيم العقاب على كل اعتداء يخل بهذه الحماية القانونية . ولكننا فى مجال ونطاق القانون المدنى فلا تزال هذه المسألة مبهمة ولم تحظ بالتنظيم إلا فى تلك الآونة من الوقت الجاضر . وهذا الإهتمام الحديث من جانب هذا القانون ليس سوى ترجمة حقيقية لمبدأ معصومية الجسد (٥٤) إلا أن التطور العلمى الحديث سواء فى مجال التطور الطبى والاجتماعى أدى إلى جواز المساس بهذا الجسد . ويعتبر هذا المساس استثناء على المبدأ

فى ذاته سواء لأسباب توجبها المصلحة العامة أو مصلحة الشخص فى ذاته (٥٥) .

وتطبيقاً لذلك فإن كل اتفاق يجيز التعامل فى جسم الإنسان يعد باطلاً بطلاناً مطلقاً فلا يجوز للشخص أن يتصرف فى كامل جسده (٥٦) أما بالنسبة للتصرف فى جزء حيوى يلزم لبقاء الإنسان على قيد الحياة أو لاستمرار قيام الجسد بوظائفه الحيوية على مدى طويل كالتصرف فى القلب أو الكبد مثلاً فهو محظور أيضاً بصفة مطلقة ولا مجال برضاء صاحب الشأن فى هذا الصدد .

أما التصرف فى جزء من الجسد بما لا يعرض الحياة للخطر كالأجزاء المزروعة أو كما يذهب البعض إلى التفرقة بين ما يسمى بالأعضاء التشريحية والأعضاء الوظيفية (٥٧) فإن النجاح العلمى الهائل الذى حدث فى القرن العشرين لعمليات زرع الكلى والبنكرياس والقلب والعيون أوجب تطويع هذا المبدأ وما يتفق والمصلحة العامة التى تعود على المجتمع بأسره . . وحول مشروعية التصرف فى أحد هذه

الأعضاء المزروعة انقسم الفقه فى هذه الإجازة إلى اتجاهين .

الاتجاه الأول : وهو يغلب

عليه الطابع فى شق منه يذهب إلى أنه لا يجوز للشخص أن يتصرف فى أحد هذه الأعضاء استناداً إلى أن الشخص ليس له على جسده لا مجرد حق الانتفاع أما ملكية الرقبة هى لله سبحانه وتعالى وعلى الشخص أن يعيد الجسد بالحالة التى تلقاها (٥٨) أما فى شق الوضعى فإن حق الإنسان على جسده من الحقوق اللصيقة بالشخصية وهى خارج المعاملات المالية . ويضيف أنصار هذا الاتجاه إلى شقى الرأى مجموعة من الاعتبارات التى تتعلق بملاءمة هذه الاعتداءات من المعطى إلى الآخر . فهى تؤدى فى الواقع إلى أن يوجد فى المجتمع شخصان مريضان بدلاً من شخص واحد . (٥٩) وتؤدى أيضاً إلى أن يصبح المعطى فى حياة مملوءة بالمتاعب النفسية فلا يمكن للمعطى إذن أن يعيش هادئ البال بالنسبة لمستقبل حياته (٦٠) وبالإضافة إلى ذلك فإن فائدة التنازل عن هذا الجزء إلى المتنازل لم يقطع

التطور العلمي الحديث بنجاح مثل هذا النقل للعضو المتنازل عنه صحياً .

الاتجاه الثاني : يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إجازة التصرف في جزء من أجزاء الجسد المزدوجة . وذلك استناداً إلى أن هناك من الحقوق الشخصية في القانون الفرنسي كالحق في التعليم وحضانة الطفل (٦١) أجاز القانون التعامل في شأنها ومن أجل ذلك يجوز التعامل في صدد جسد الإنسان إلا أننا لانذهب مع أنصار هذا الرأي في ذلك القياس لأنه قياس مع الفارق إذ أن الحقوق اللصيقة بالشخصية ليست جميعاً على مستوى واحد من حيث إمكانية التصرف فيها فجسد الإنسان ليس بالقطع كحضانة وتعليم الطفل (٦٢) .

وإزاء هذا الانقسام البين في أوساط دوائر الفقه ذهب البعض إلى إقامة أساس للمشروعية استناداً إلى نصوص القانون بل وذهب إلى أبعد من ذلك بإمكان امتداد هذه النصوص التشريعية إلى باقي أعضاء الجسد . وبين من ذلك أن النصوص التشريعية التي تناولت جواز التنازل عن جزء

من الأجزاء التي لا يتعرض فيها المعطى للخطر هي القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ في شأن نقل الدم والقانون ١٦٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإنشاء بنك العيون ومن أجل ذلك تخصص فرعين مستقلين لإلقاء الضوء على نصوص القانونين المذكورين .

الفرع الأول : القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ في شأن نقل الدم

هذا القانون هو قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة (٦٣) الخاص بتنظيم جمع وتخزين وتوزيع الدم ومركباته . وقد خول وزير الصحة سلطة وضع قواعد تحديد وصرف مكافآت للمتطوعين بالدم والثلث .

وقد أصدر وزير الصحة القرار رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ مقسماً المتطوعين إلى متطوعين بالمجان ويصرف لهم شارة مكافأة على هذا التطوع . ومتطوعين بالمجان مع منح كل منهم هدية في حدود ٥٠ قرشاً . ثم أدرج فئات أخرى للتطوع مع تحديد المقابل فالمتطوع الذي يعطى ٤٠٠ سم^٣ يمنح ١٥٠ قرشاً . والمتطوع الذي يعطى

٢٠٠ سم^٣ يمنح ١٠٠ قرشاً . وأوجب إضافة إلى ذلك وجوب إعطاء المتطوع بعض المقويات ووجبة خفيفة (٦٤) .

مما سبق يتضح لنا أن المشرع نظم عملية جمع وتخزين الدم . وأن إعطاء الدم طبقاً لذلك قد يكون بالمجان كما قد يكون بمقابل . وإن كان المقابل الذي يتسلمه المتطوع قليل من حيث تقدير ثمنه . ولكن من الزاوية القانونية هو مقابل مهما كان قليلاً ولا يمكن معه القول بأنه مجرد ثمن مقويات لكي يعوض المتطوع ما فقده من دم .

إلا أنه من حيث الواقع وحسب التقارير التي أعدت في هذا الخصوص (٦٥) أن مراكز جمع الدم تكاد تغلق الأبواب لقلّة الكميات التي يتحصلون بها من طريق التبرع من المتطوعين الشرفاء (٦٦) ولا زالت هذه البنوك تعتمد أساساً على المتطوعين المحترفين . ويتضح من القرار الوزاري سالف الذكر أن الدم يباع (٦٧) من المتطوع إلى البنك ولا ينفي هذا البيع قلّة الثمن أو المقابل الذي يتقاضاه المتطوع وعلاقة البيع هذه تتم مرة

أخرى من البنك إلى المرضى فقد تحدد القرار ١٥٠ لسنة ١٩٦١ ثمن بيع الدم للمريض كالتالى : ٣٥٠ قرشاً ثمن لكل ٥٠٠ سم^٣ ، ٢٥٠ قرشاً ، ٤٠٠ قرشاً بحسب أنواع الدم . إلا أنه قد صدر وزير الصحة رقم ١٥٤ لسنة ١٩٦١ الذى سمح بصرف الدم بالمجان لمتطوع الشرف أى غير المحترف وبدون مقابل له أو أحد أفراد أسرته إذا قرر الطبيب المعالج نقل الدم إليهم .

فإذا كان الواقع العلمى ومن خلال التجربة أن فكرة التطوع المجانى بالدم لم يكتب لها النجاح فكان ولا مفر من الاعتماد على التطوع بمقابل فإذا كان الأمر كذلك بالنسبة للتصرف فى هذا الجزء المنجدد من جسم الإنسان وسيعوضه ولم يؤثر على الحياة الوطنية للجسد فهل يمكن أن يمتد إلى باقى الأعضاء المزدوجة أو التى لا يترتب على إباحة التنازل عنها هذه المشروعية أى التصرف بمقابل . حقيقة الأمر أن التقدم العلمى الذى حدث فى الآونة الأخيرة من القرن العشرين فى مجال زرع أعضاء الجسد البشرى لإنسان

معتل كزرع البنكرياس والكلية والقلب والعيون مهد الطريق لإسعاد البشرية . ولذلك يجب على رجال القانون أن يذللوا العقبات أو الصعاب التى تقف حائلاً أمام هذا التطور الهائل . ويذهب البعض^(٦٨) إلى القول أنه من غير المقبول أن تقف مجانية التصرف لهذه الأعضاء عقبة فى الحصول عليها وأن المقابل لا اعتراض عليه قانوناً . ولكن هذا التصرف بمقابل لا يعنى ترك تحديد الثمن لحرية الأطراف المعطى والأخذ حتى لا يصبح الجسم محلاً لمزايدات مالية ويقترح أن يصدر تشريع يحدد قيمة الأجزاء التى يمكن الإستغناء عنها . وهذا ليس بجديد فقانون التأمينات الإجتماعية حدد نسب مئوية للعجز أو الإصابة بالنظر لمجموع الجسم الكلى .

وننتهى من ذلك العرض أن القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ استعمل عبارات التبرع ووضع أحكاماً تقترب من البيع^(٦٩) .

تعقيب :

إن مشكلة إباحة التصرف فى الأعضاء البشرية التشريحية أو التى لا يترتب

عليها فقدان الجسد لوظيفته بالبيع فيه غضاضة للنفس البشرية إلا أن عبارة بيع هذه الأجزاء فى حد ذاتها لا تقلل من كرامة الشخص . فالعضو الذى يتم التنازل عنه سواء بالبيع أو التبرع سينقل إلى شخص آخر . فالمشكلة ليست فى البيع فى حد ذاته . لأن عدم إباحة مثل هذا التصرف سيؤدى حتماً إلى موت المريض . فإذا كانت حياة المريض لا تقدر بمال فإنه لا يمنع من بقائه حياً بدفع هذا المال .

والخروج من هذه المشكلة لا يتأتى إلا بوسيلة قانونية صحيحة ويتصور ثلاث وسائل لحل هذه الأزمة^(٧٠) إما عن طريق التبرع من الغير وإما بقيام الدولة بتوزيع الثروات لكل حسب حاجته وإما عن طريق البيع . وطالما أن القانون المصرى ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ اعترف ببيع الدم فإنه يمكن أن يمتد ذلك إلى باقى أعضاء الجسد التى لا يترتب عليها مساس مستديم بحياة المعطى . فطالما أن المحل الذى يخضع للتصرف مشروع فلا معنى للفرقة بين البيع والتبرع بل إننا نذهب مع آخرين لتحقيق غلواء فكرة

المقابل المادى وفى سبيل تطويع النفس البشرية نحو التضامن الإنسانى يمكن أن يكون المقابل فى صورة وثيقة تأمين لمصلحة المعطى (٧٢) وأولاده إذا أصيب أو توفى نتيجة عملية نقل العضو إلى الآخذ أو جعل الوثيقة هنا لضمان حصول المعطى على دخل مجزى لتفادى أى نقص فى قدرته على العمل . وسوف يثبت التطور العلمى فى هذا المجال اتجاه التصرف بمقابل . فالقول بالتبرع نوع من التدرج فى الانتقال من تحريم التصرف فى الجسم إلى مشروعية التصرف فيه (٧٣) .

وبذلك يمكن الإستناد إلى نص القانون كأساس تشريعى لإباحة التصرف فى أعضاء الجسم الذى لا يترتب على التنازل عنها أى مساس مستديم بالحياة البشرية .

الفرع الثانى : القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن التنازل عن العيون يتضح بجلاء من استقراء نصوص هذا القانون وخصوصاً نص المادة الثانية منه . على أن بنك العيون الذى أنشأه القانون يكون مصدره : ١ - عيون

الأشخاص الذين يوصون أو يتبرعون بها . ٢ - عيون الأشخاص التى يتقرر استئصالها . والأمر الذى لا خلاف عليه بين الفقهاء أن القانون أباح التصرف فى العين فى الحالة الثانية أى حالة العيون التى يتقرر استئصالها وذلك إذا كانت تحتفظ ببعض الأجزاء السليمة التى يمكن استخدامها لأشخاص آخرين مثل ترقيع قرنية العين .

وأما الحالة الأولى التى جاء نص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن التنازل عن العيون فقد احتدم الجدل فى أوساط دوائر الفقه حول هذا التفسير وانقسموا إلى اتجاهين :

الاتجاه الأول : يذهب إلى الآخذ بظاهر النص القانونى لإجازة التصرف فى العين فقد جاء النص واضحاً من المقصود منه (٧٤) عيون الأشخاص الذين يوصون بها أو يتبرعون بها ، فالوصية تصرف مضاف إلى ما بعد الموت أى أن المسألة هى تصرف فى الجثة وليس تصرف بين الأحياء ولكن ورود عبارة التبرع فى نهاية النص تفيد أن التصرف قد يقع

بين أحياء والهبة لا تكون إلا بين أحياء . فالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ يقرر التصرف فى العيون التى يوصون بها أو يتبرعون بها أى أنه يواجه الوصية باعتبارها تصرف مضاف إلى ما بعد الموت والهبة باعتبارها تبرعاً حال الحياة . إذ لا تجوز الهبة فى القانون المصرى إلا بين الأحياء . فلا مفر من تفسير موقف الشرع إلا بإباحة التبرع بالعين حال الحياة (٧٥) والذى يشجع على هذا التفسير أن نص المادة ٤٣ من دستور جمهورية مصر العربية الدائم أجاز إجراء تجارب طبية على جسم الإنسان بشرط موافقته وإزاء ركافة الصياغة القانونية لهذا النص فالمقصود بإنهاء النص بلفظ أو يتبرعون بها إلا أن التصرف لا يكون بمقابل بل هو تصرف بدون مقابل أى تبرع . ويضيف أنصار هذا رأى أن بنك العيون وحده هو الذى يقوم بعملية الاستئصال هذه شريطة ألا تمس بأداء الجسم الوظيفى وأن تكون مصلحة علاجية مؤكدة للغير . إلى أنه ينبغى التركيز إلى أنه لا يجوز استئصال عين الحي إلا من أجل استخدامها فى أغراض طبية وليس أغراض

تجريبية . لأن الضرورة تقدر بقدرها فالهدف من هذا القانون هو مساعدة فاقدى البصر على استرداد هذه النعمة . ويؤكد أنصار هذا الإتجاه على أنه إذا كان مبدأ حرمة الجسم المطلقة يستهدف حماية هذا الجسم في عصر لم يكن متصوراً المساس به إلا بقصد الإضرار بالإنسان أما عند ظهور التطور الهائل في المجال الطبى الذى اكتشف حديثاً مثل عمليات ترقيع القرنية وزرع القلب والكلى والبنكرياس بل فى تقدم مستمر مثل عمليات زرع الدم حديثاً^(٧٦) فلا بد من فتح آفاق جديدة أمام الإنسانية تتمثل فى تذليل عقبة المساس بمبدأ الحرمة المطلقة للجسم ولهذا فلا بد من تطوير القانون كى يشمل النص الصريح على ذلك .

الإتجاه الثانى : يذهب أنصاره^(٧٧) إلى أن نص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ يعوزه الدقة فى تحديد اللفظ والمعنى ولكن ليست هذه بحجة كافية للإعتراض على هذا التصرف ولذلك أضاف أن إجازة التبرع لبنك العيون بعين سليمة يعد أمراً مخالفاً للنظام العام . لأن العين ليست بالجزء السهل فى إجازة

التبرع به لكى يحتفظ به لبنك لاستخدامه عند الحاجة . والذى يرجح ذلك أن اللائحة التنفيذية لهذا القانون تفرض على الطبيب الذى يقوم باستئصال أن يحدد سبب هذا الاستئصال فالتبرع بعين سليمة ليس فى ذاته السبب القانونى المقصود . بل الغالب أن المقصود هو السبب الطبى . وذلك لأن فقد العين يؤدى إلى عجز دائم ومستديم^(٧٧) كما أن لفظ التبرع الذى ورد فى النص ليس تصرفاً بل هو وصف يلحق التصرفات القانونية واستناداً إلى ما سبق ينتهى أنصار هذا رأى إلى أن المشرع لا يجوز التصرف فى العين السليمة وإنما تجوز الوضعية بها لاستئصالها بعد الوفاة فقط . وأخيراً لا يجوز أن تتخذ نص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ منطلقاً للقياس لإباحة التصرف فى العين بين الأحياء . بل يظل هذا العمل من حيث المبدأ محظور ويدخل نطاق التجريم ، بل والمسئولية المدنية أيضاً^(٧٨) .

إلا أن أنصار الاتجاه الأول ذهبوا إلى القول بأن تصرف الإنسان فى جزء من جسمه

من الأجزاء المزدوجة يكون صحيحاً وجائزاً وله أساس من القانون وذلك استناداً إلى استعمال الحق المقرر قانوناً لمرتكبه . ٢ - أى بأن هذا التصرف له أساس من القانون الوضعى فى ظل التشريع المصرى . وذلك استناداً إلى أن نص المادة ٦٠ من قانون العقوبات المصرى « لا تسرى أحكام هذا القانون على كل من ارتكب بنية سليمة عملاً مقررأ بمقتضى الشريعة » من الواضح إذن أن يكون العقل مباحاً إذ وقع استعمالاً لحق بضرورة القانون . واعتبر أنصار هذا الإتجاه أن القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ سبب من أسباب الإباحة على أساس استعمال الحق . إذ أن الشخص الوحيد الذى يستأصل العين هو طبيب تابع لبنك العيون . فلو لا نص فى هذا القانون لكان مساس الطبيب بجسم المتبرع فيه إحداثاً لعاهة مستديمة . ولكن هذا القانون يقتصر صراحة على العين فقط فهل يمتد إلى سائر أعضاء الجسم الأخرى التى لا يترتب عليها مساس دائم بالجسد ...

ذهب أنصار هـذا الإتجاه^(٨٠) إلى أنه يمكن مد

نطاق الإباحة إلى هذه الأجزاء الأخرى من جسم الإنسان باللجوء إلى قواعد القياس في نطاق الإباحة وهو أمر جائز في القانون الجنائي لأن القياس الممنوح في القانون الجنائي هو الذى يخلق الجريمة أو العقوبة ولما كان سبب الإباحة يمس العين أى الأعضاء المزدوجة في جسم الإنسان فإنه لا يمتد إلا لباقي الأعضاء المزدوجة بالجسم مثل الكلية والرئتين . إلا أن البعض يعترض على ذلك ويرى أن القياس الجائز يتوقف على عدم تعارضه مع إرادة المشرع^(٨١) فواضعوا النص لم يذهبوا إلى أبعد من العين ولم يدر بخلدهم ذلك . ولذلك يقال أن الأصل هو تحريم تصرف الإنسان في جسمه وأن الاستثناء هو الإباحة فلا يجوز التوسع في تفسير الاستثناء . إلا أن أنصار الاتجاه الأول ذهبوا إلى أن نصوص الإباحة ليست استثناء على نصوص التجريم وإنما تتعاون فيما بينها من أجل حماية أهداف أولى بالرعاية فهي قواعد سلبية محددة تمحو من القاعدة الإيجابية الشق الخاص بالنهي عن السلوك لتحل محله حكماً آخر^(٨٢) كما

أن القياس لا يستهدف خلق أسباب جديدة للإباحة وإنما يقتصر على توسيع نطاق السبب بحيث يسجل وقائع لم ينص عليها القانون صراحة .

وتطبيقاً لذلك يمكن القول بأن القانون رقم ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ جاء بقاعدة عامة سلبية تجرد من وصف الحرية إذ أن استئصال عين من أجل مصلحة الإنسان عن طريق أعضائها إلى بنك العيون لا يكون جريمة . فقاعدة إباحة استئصال العين يقصد بها رعاية مصلحة أولى من قاعدة التجريم للمساس بالجسم وهي مصلحة قطعية مؤكدة . ومما لا شك فيه أن هذه المصلحة تتوافر في سائر أنواع الأجزاء المزدوجة لجسم الإنسان .

وينتهي أنصار هذا الرأي إلى أن استعمال الحق في حدوده ودون تعسف عملاً بالمادة الرابعة من القانون المدنى يؤدي إلى انعدام صفة الخطأ في الفعل الضار . وأن استعمال الحق يرفع عن الفعل الضار صفة الجريمة الجنائية فهو ينفى عنه صفة الخطأ المدنى أيضاً^(٨٣) .

رأينا في الموضوع :

إزاء هذا التعارض بين الرفض والإجازة نرى عدم جواز التصرف في جزء من جسم الإنسان حتى ولو باتفاق صاحب الشأن . لأن هذا الحظر من شأنه أن يحمي الإنسان من أى مساس بالجسم لأنه يؤدي إلى إحداث عاهة أو فقد عضو حيوى من أعضاء الجسم ولا يعتد بموافقة صاحب الشأن فهي لا تكتفى في ذاتها لانتفاء المسؤولية الجنائية للطبيب . كل ما هنالك أن هذه الموافقة قد تمكن الطبيب من التمسك بحالة الضرورة عند توافر شروطها .

ونذهب مع أنصار الاتجاه الثانى إلى أن الأمر^(٨٤) يحتاج إلى تدخل تشريعى ينظم هذا الموضوع ولو في حدود معينة يكون أساسها أن يباح التصرف في هذه الأعضاء لأسباب حيوية كأن يباح التصرف فيها بين الأقارب حتى الدرجة الثانية . وأن يكون التصرف بدون مقابل . وأن يتم التصرف بالرضا الواعى المستنير وألا يصاب المعطى بخطر حال أو محتمل . أما بالنسبة للأجزاء

التي لا يترتب عليها الإنتقاص من السلامة الصحية . فيمكن إجازتها ما دام ليس هناك تعارض مع النظام العام والآداب العامة . فيجوز تصرف الإنسان في الأجزاء التي تنفصل عن جسده . كالأسنان المخلوعة أو الشعر المقصوص أو الأطراف المبتورة . لأن هذه الأجزاء قد انفصلت عن الجسم فهي تخرج عن نطاق معصومية الجسد (٨٥) .

كما أنه يجوز التصرف في لبن الأم بإجازة عقد الرضاع بشرط عدم الإضرار بمصلحة ابن المرضع . كما يجوز بيع الدم بشرط ألا تؤدي الكمية المتطرق بها إلى الإضرار بصحة المتصرف (٨٦) . وأخيراً يمكن اتفاقاً مع هذا المنطق إباحة التعقيم المؤقت بناء على طلب صاحب الشأن (٨٧) .

الفصل الأول

التصرف في جسم الإنسان

تمهيد :

إزاء هذا التقدم الطبى المؤهل فى مجال نقل الأعضاء البشرية . وما رآه فقهاء القانون من وسائل تذلل

الصعاب أمام هذا الفريق الطبى المتقدم من رسم السياسة القانونية لمباشرة هذا العمل الذى يسعد البشرية جمعاء . لكى لا يقع الطبيب ضحية للمساءلة الجنائية أو المدنية . فقد أجاز فقهاء القانون تصرف الإنسان فى أحد الأعضاء المزدوجة أى الأجزاء التى لا يترتب عليها مساس بحيوية ووظيفة الجسد . فتثار التساؤل . هل يجب أن يكون هذا التصرف تبرعياً أم يكتفى أن يكون بمقابل وإذا كان بمقابل هل يعتبر عقداً للتصرف فى أعضاء الجسم البشرى وما مدى إجازة هذا التصرف واعتباره مشروعاً سواء كان هذا التصرف حال الحياة أم بعد الوفاة إذ يجوز الوصاية بجثة الشخص المتوفى .

وستتولى بيان ذلك فى بحثين الأول يتناول حقيقة التصرف فى جسم الإنسان الحى والثانى يتناول التصرف فى جثة الإنسان المتوفى .

المبحث الأول : حقيقة التصرف فى جسم الإنسان الحى

لما كان الإنسان له حق التصرف فى بعض الأحوال

فى الأجزاء المزدوجة من جسمه فإنه يعنى لنا أن هذا الإنسان يمر بمراحل من العمر مرحلة الميلاد حتى سن البلوغ ولذلك ينقسم البحث فى هذا المبحث إلى مطلبين هما :

المطلب الأول : حقيقة التصرف فى جسم الإنسان البالغ

بعد أن بينا الأساس القانونى لمشروعية التصرف فى جسم الإنسان . وانتهينا من ذلك إلى أنه لايجوز بصفة مطلقة لكافة أعضاء الجسم البشرى بل يقتصر على . أعضاء الجسم المزدوجة أو الأعضاء التى لا يترتب على التنازل عنها المساس المستديم بالجسم وتعطيل للوظائف الحيوية له . ونذهب مع (٨٨) بعض الفقهاء بأننا نستعمل لفظ التنازل حتى يحتمل التصرف على أنه بمقابل أو تبرع فلا نريد القطع بالتبرع وحتى يفتح الباب أمام البيع والمسألة التى دارت المناقشة الحادة حولها هى : هل يجب أن يكون هذا التنازل أو التصرف على سبيل التبرع أم أنه يكون بمقابل انقسم الرأى فى تحليل ذلك إلى اتجاهين :-

الاتجاه الأول :- يرى

أنصاره^(٨٩) أن هذا التصرف يجب أن يكون تبرعا . ولهذا لا يجب أن يكون المتنازل عن دمه أو عضو من أعضاء الجسم محترقا فلا يجوز للشخص أن يحصل على قوته من تجارة الدم أو بالتصرف في أعضاء جسمه . فجسم الإنسان ليس محلا لتجارة . ويبرر أنصار هذا الاتجاه ذلك بأن حق الإنسان على الجسم ليس حقا ماليا بل إن هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية ولا يمكن أن يصبح حقا ماليا . وبناء على ذلك فلا يستطيع الإنسان أن يبيع أي عنصر من العناصر التي تكون جسمه حتى ولو كان الدم البشري .

فقد كان نص القانون الفرنسي الصادر في ١٩٥٢/٧/٢١ قاطعا في نصوصه على عدم استعمال كلمة بيع الدم . كما أن القضاء الفرنسي لا يطبق القواعد العامة في البيع على الشخص الذي يتعهد بتوريد كمية من دمه^(٩٠) ولهذا يحبذ فقهاء القانون الفرنسي ألا نستعمل عبارة بنك الدم أو بنك الأعضاء الأدمية وذلك لأن مثل هذه العبارات توحي بـ

للمعاملات التجارية وهو ما يستبعده أنصار هذا الاتجاه ويذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن ضرورة كون التصرف بدون مقابل لا تتنافى مع تعويض المتنازل عما فقده من قوى نتيجة هذا التبرع ولذلك نجد القانون الفرنسي حدد تعريفه للتنازل عن الدم أي بمثابة تعويض عن أصابه من ضرر . وليس هناك بيع على الإطلاق . فمشروعية التنازل عن عضو من الجسم لا ترجع إلى أن المتنازل له سوف يستفيد من ذلك وإنما ترجع أيضا إلى أن المعطى سوف يحقق ميزة ذات طابع معنوي هي شعوره بالارتياح لأنه استطاع أن ينقذ الغير . وحتى كان الهدف ماديا للمعطى فإنه يجرّد هذا التنازل من كل قيمة معنوية . وذلك لأن القيمة المعنوية هي التي تبرر الخروج على مبدأ حرمة الجسم المطلقة . فقيام شخص ببيع عينه أو كليته فيه مساس لكرامة البشر من أجل المقابل المادي . فلا يقبل أن يضحى الإنسان بسلامة الجسم من أجل مصلحة مادية^(٩١) .

فالتبرع هو الذي يحفظ للجسم كرامته لأنه يجعله خارج المعاملات المالية .

ولكن لآمانع مطلقا من تقديم هدية على سبيل التشجيع أو المكافأة متمثلة في تقديم المال اللازم لمساعدة المعطى على الشفاء^(٩٢) وقد تابع القانون الإيطالي ضرورة أن يكون التنازل تبرعا في القانون الصادر في ١٩٦٧/٦/٢٦ رقم ٤٥٨ فجاء نص المادة الأولى : ضرورة أن يكون التصرف في الكلية مجانا .

وجاء نص المادة السادسة : بطلان كل شرط يمنح المتنازل الحق في الحصول على تعويض مالي^(٩٣) .

ولكن القانون الإيطالي سالف الذكر أفرد نوعا خاصا من المكافأة حماية للمتنازل في المادة الخامسة منه : أن المتنازل عن الكلية يتمتع بالمزايا التي يقررها التشريع الخاص بالعاملين المستقلين والقوانين الخاصة بالعجزة . ويجب أن نخضع للتأمين ضد المخاطر الحالية والمستقبلية التي قد تصاحب العملية الجراحية ومضاعفاتها .

وذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أبعد من ذلك فعلاوة على شرط التنازل التبرعي فإنهم يشترطون^(٩٤) أن تكون هناك

رابطة دم وقربة ما بين المعطى والآخذ حتى يتم استبعاد هؤلاء الأشخاص الذين يتبرعون إلى بنوك الأعضاء بجرء من أجسامهم ولا تكون هناك صلة قرابة بينهم وبين المتنازل إليه . وذلك لأن عدم استبعاد هؤلاء سيحول عملية التصرف في الجسم من تبرع إلى بيع . ولقد أخذ القانون الإيطالي سالف الذكر في مجال زرع الكلى أنه لايسمح بالحصول على جزء من جسم غير الأقارب إضافة إلى شرط التبرع .

الاتجاه الثاني : يرى أنصاره^(٩٥) أنه لا مانع أن يكون هذا التصرف معارضة ممن أجاز التصرف فليس هناك مانع أن يتقاضى المعطى مقابل التنازل عن جزء من أجزاء الجسم . فالتنازل بمقابل أو بدون مقابل هي مسألة أخلاقية وليست مسألة قانونية . فالتصرفات التبرعية والمعارضة هي تصرفات مشروعة على حد سواء وليس المقابل المالى من شأنه أن يبطل أى تصرف قانونى . ويذهب هؤلاء إلى أن المال كمقابل للتنازل ليس من شأنه أن يهدر كرامة الانسان . وأن

إبعاد جسم الانسان عن دائرة المعاملات لا يصلح فى حد ذاته للاعتراض على تقاضى مبالغ مقابل هذا التنازل طالما كان التنازل عن جزء من الجسم مشروعاً فهذا المبدأ لم يهدف إباحة التصرف التبرعى وتحريم التصرف بمقابل . ومما لا جدال فيه^(٩٦) أن الانسان يتقاضى تعويضاً أى مقابل للضرر الذى أصابه فى أحد أعضاء الجسم وهذا أصبح من الناحية القانونية مشروعاً ولا يعارض مع الأخلاق فالتعويض لا يهدر كرامة الانسان وليس من شأنه التقليل من قيمة الجسم فطبيعة التصرف من حيث كونه تبرع أو بمقابل لا يمس باحترام الانسان فلا يجب الخلط بين الشهامة والمشروعية^(٩٧) فالأولى مسألة أخلاقية والثانية مسألة قانونية .

رأينا فى الموضوع :

إزاء هذا التعارض بين الاجازة والمنع فى كون التنازل بمقابل أم تبرع نذهب إلى أنه باستطلاع الأمر فى ظل القانونين ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن نقل الدم والقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص ببنك العيون نرى أن

المشرع فى القانون الأول استعمل التبرع بالدم أى بالمجان والتصرف بالبيع لقاء ثمن ولا يقترح فى ذلك أن يكون الثمن نافها أى قليل لا يتناسب مع كمية الدم من جسم الانسان . ونجد أن القرار الوزارى رقم ١٥٠ لسنة ١٩٦١ حدد ثمن الدم^(٩٨) كى يباع للمرضى . فمراكز الدم تباع الدم إلى المرضى . فهو لا يعطى مجاناً وإذا كانت الدولة حريصة على مبدأ مجانية التصرف فى الدم لكان لزاماً عليها أن تقدمه مجاناً للمرضى بصرف النظر عن تكلفة النفقات فى سبيل المحافظة على الدم .

ونستخلص من ذلك أن القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ يستعمل عبارات التبرع ويضع أحكاماً تقترب من البيع . فلا غبار فى تحييد المقابل أو العوض عن الجزء المتنازل عنه ولكن حتى لا يترك الثمن لمشئة الأطراف مما يؤدى معه الأمر إلى أن يصبح جسم الانسان محلاً للمزايدات المالية . نقترح أن يصدر تشريع يحدد قيمة الأجزاء التى يمكن التنازل عنها من جسم الانسان فهذه الفكرة ليست جديدة على

أفاق القانون الوضعي فقد ذهب قانون التأمينات الاجتماعية ٧٩ لسنة ١٩٧٥ المعدل بقانون ٢٥ لسنة ١٩٧٧ المعدل . بتحديد نسبة مئوية للعجز أو الإصابة التي تصيب الجسم بالنظر إلى مجموع الجسم . فقد حدد هذا القانون جدولاً بنسب معينة لإصابات العمل والعجز^(٩٩) .

أما القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن بنك العيون فيتضح من مطالعة نصوصه أنه لا يجيز التصرف في العين إلا تبرعاً أي بدون مقابل .

ونرى في النهاية طالما أنه يوجد في نصوص القانون الوضعي اعتراف بالبيع وهو أحد الوسائل القانونية للحصول على أعضاء الجسم التي لا تؤثر على الحياة المستديمة للجسد فإنه لا محل للفرقة بين البيع والتبرع طالما أن المحل مشروع .

المطلب الثاني : حقيقة التصرف في جسم الإنسان القاصر

تمهيد :-

لما كان القاصر هو الشخص الذي لا يتمتع بكامل ملكة الإدراك والتمييز فإنه

يصعب القول بإباحة التصرف في جزء من جسمه . وذلك تأسيساً على أن كثيراً من الأمراض لا تظهر في مرحلة الشباب ومعرفة احتمالات أمراض الشخص في المستقبل لا يمكن الجزم بقيامها على أسس سليمة إلا إذا كان الشخص تعدى سن القاصر في غالب الأحوال . ولذلك انقسم الفقه إلى اتجاهات ثلاثة بين مجيز ومحذر في إباحة تصرف القاصر في جزء من جسمه .

الاتجاه الأول :

يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يجوز للقاصر أن يتصرف في أحد أعضاء جسمه سواء كان هذا التصرف معاوضة أو تبرع ويحددون سن الحدث في الفترات ما بين أربعة عشر عاماً وثمانية عشر عاماً وتسعة عشر عاماً^(١٠٠) .

ويبررون وجهة النظر هذه بأن المحاكم الأمريكية ذهبت إلى الاعتداد بتصرف القاصر فيما يتعلق بعمليات نقل الكلية دون موافقة ولي الأمر^(١٠١) .

ولكن لا يمكن التسليم بذلك على الأقل بالنسبة للقاصر الذي يكون في سن الرابعة عشر لأن هذا السن يصعب الاعتداد

بالموافقة الصادرة من القاصر حيث لا تكتمل ملكة الإدراك والتمييز والنضج اللازم للقول بتوافر الأهلية بالنسبة لهذا التصرف الخطير . إذ يخشى أن يكون القاصر متأثراً باكرهه أدبي مما يجعل هذه الموافقة فيها شك .

الاتجاه الثاني :-

يرى أنصاره أنه لا بد من التفرقة بين القاصر المدرك والقاصر غير المدرك . فالقاصر أصبحوا في الوقت الحالي يتحملون كثيراً من المسؤوليات وأصبحت ملكات التمييز لديهم متقدمة وخصوصاً مع تقدم الوسائل الحديثة للإنماء الفكري . ومن أجل هذا كله لا بد من الحصول على رضا القاصر متى بلغوا سن التمييز حتى ولو لم يبلغوا سن الرشد القانوني^(١٠٢) .

وهذا يوضح لدى أنصار هذا الاتجاه ضرورة هذا التمييز بين المدرك وغير المدرك . ويبدو أن أنصار هذا الاتجاه يريدون وضع حد معين لأهلية التصرف في أعضاء الجسم بالنسبة للقاصر . وقاموا بربط هذه الأهلية بالقدرة على الإدراك والتمييز . فمتى كان الإدراك والتمييز يقترب من

سن الرشد فإنه يعتد برضاء القاصر وموافقة الولي إلا من قبيل الاحتياط . وإذا كان الإدراك لا يكفي للاستقلال بالتصرف فيجب أن يكون هناك رضاء بين القاصر ويكملة رضاء من الولي . وفي جميع الأحوال متى كان القاصر مدركاً ورفض التصرف حتى بالنسبة لأخيه التوأم^(١٠٣) فلا يجبر على ذلك حتى ولو رضى الولي بهذا التصرف . وذلك لأن القاصر لا يلتزم بقرار الولي إلا إذا كان غير مدرك .

الاتجاه الثالث :-

يذهب أنصاره إلى أنه لا يجوز بأي حال من الأحوال التنازل أو التصرف في جزء من جسم القاصر لأنه لا يملك ذلك حيث لا أهلية له تنيح ذلك ولا يوجد من ينوب عنه بالقيام بهذا التصرف . وأن في جعل ولي القاصر يوافق على هذا التصرف حتى ولو لمصلحة شقيقه التوأم يعطى الولي الحق في الحياة والموت^(١٠٤) وأن هذا التصرف في جسم القاصر يخرج من مجال النيابة القانونية لأنه ليس فيها مصلحة للقاصر . فمثل هذه التصرفات الخطيرة لا يملكها إلا الشخص

نفسه متى كان لديه الأهلية الكاملة لذلك التصرف ويأخذ بهذا الرأي الفقه في تشيكوسلوفاكيا^(١٠٥) . ويذهب بعض الفقهاء^(١٠٦) استناداً إلى نص المادة الثالثة من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن بنك العيون إلى القول أنه يجوز للقاصر المدرك وغير المدرك أن يتصرف في جزء من جسمه لأن المشرع استعمل في نص هذه المادة عبارة القاصر أو ناقص الأهلية والأخير يشمل السفیه وذو الغفلة .

رأينا في الموضوع :

لما كان القول بمشروعية التصرف حتى وقت قريب كان غير جائز ، فيجب أن يكون التطور في هذا المجال مقصوراً على البالغين دون القصر . لأن القاصر مخلوق ضعيف البنية ولا يتصور أن يكون للولي الحق في التصرف في جسم القاصر . إذ يتحدد دور الولي بالقيام على تربيته واعداده لكي ينمو ويصبح عضواً صالحاً في المجتمع . ولكن إذا كانت هناك ضرورة تقدر بقدرها وذلك كما هو الحال في حالة إذا كان الآخذ أي المتنازل إليه

عن جزء من جسم القاصر هو شقيق توأم له أو وجود حالة رفض للشخص المريض لجزء آخر لتصرف إليه من الغير . ولكن يمكن تفادي هذا الرفض فإننا لا بد أن نتشدد في هذا التصرف من القاصر ونذهب مع البعض^(١٠٧) إلى القول أنه لا بد من عدة قيود على هذا التصرف . من هذه القيود . أولاً : لا بد من أن يكون الحصول على جزء من جسم القاصر الوسيلة الوحيدة بل والأخيرة لانقاذ المتنازل إليه المريض . ثانياً :- أن يكون القاصر مميزاً فلا يعتد بموافقة الولي إذ لا يتصور بقول التنازل إلا من شخص مميز ثالثاً : اللجوء إلى القاضي المستعجل للإذن بهذا التنازل فالقاضي شخص يلتزم بمبدأ الحياد فهو يحل محل ولي النفس حتى تنتفى شبهة المحاباة . رابعاً : ألا يقل عمر القاصر المميز عن أربعة عشر عاماً وهو السن الذي يغلب معه اكتمال ملكات الإدراك والتمييز قياساً على تحديد قانون الإجراءات الجنائية لسن الشاهد لا يقل عن تلك السن .

تعقيب :-

إذا أجزنا التصرف في

جسم الإنسان الحى بالغاً أو قاصراً بالشروط السالف ذكرها . وأصبحنا أمام شخصين أحدهما يسمى المعطى أو المتنازل والثانى يسمى الأخذ أو المتنازل إليه . فإن هناك مشكلة قانونية تظهر فى الأفق القانونى وهى هل يعتبر هذا التصرف عقداً ويطبق عليه القواعد العامة فى العقود فى القانون المدنى ... ؟ أم أن هذا التصرف يتخذ شكلاً آخر غير العقد ولا يخضع لتلك القواعد العامة .

بادئ ذى بدء فإن تنازل الشخص عن جزء من الأجزاء المزدوجة من جسمه إلى الغير بمقابل فإن هذا التصرف لا يعدو أن يكون عقد تصرف فى أحد أعضاء الجسم الأدمى . ولكن نظراً لأن مجال الإباحة فى التصرفات التى يكون محلها جسم الإنسان تتميز بطابع خاص . فلا يمكن معه والحال كذلك أن تطبق القواعد العامة فى العقود على التصرف فى هذا الجزء من الجسد لأننا سوف نجد تعارضاً صريحاً مع هذه القواعد . وأنه طبقاً للقواعد العامة فى العقد يجب تنفيذ العقد بكل شروطه وبحسن نية وأن أطراف العقد يلتزمون بما جاء به وإذا امتنع

أحد المتعاقدين على تنفيذها ما التزم به يجوز للتعاقد الآخر إجباره على ذلك التنفيذ العينى وإذا كان فى التنفيذ العينى مساس بشخص المدين فإن هذا المضرور يلجأ إلى التنفيذ بطريقة التفويض .

فهل نطبق هذه القواعد العامة فى العقود على عقد التصرف فى جزء من جسم الإنسان أم هناك قواعد أخرى يمكن تطبيقها حماية لطرفى العقد المدين والدائن . يذهب رأى الغالب فى الفقه والقضاء المصرى والمقارن^(١٠٨) إلى أن التصرفات التى ترد على جسم الإنسان لها طبيعة خاصة تقتضى وضع نظام قانونى خاص يتلاءم مع هذه الظروف حتى ولو كان هناك خروج على أحكام القواعد العامة .

فيرفض رأى الغالب تطبيق القواعد العامة فى حالة رفض التنفيذ العينى . ولذلك يجوز للمعطى الرجوع أو العدول عن الرضاء فى مجال التصرفات القانونية التى ترد على جسم الإنسان متى شاء فى هذا ولذلك تقرر المادة ١١ من مشروع القانون المدنى الفرنسى «يجوز دائماً الرجوع

فى التصرف الذى بمقتضاه يتصرف الشخص فى جسمه أو فى جزء من جسمه سواء كان التصرف قابلاً للنفاذ حال حياة الشخص أو عند وفاته» . كما فى القانون الأثيوبى المدنى ؟ والايطالى بالنص على هذا المبدأ . وهو حرية العدول للمتصرف فى جزء من أعضاء جسمه كذلك رفض رأى الغالب أيضاً تطبيق القواعد العامة فى الرجوع بطريقة التعويض النقدى بدلاً من التنفيذ العينى ولا يسمح للمتنازل إليه فى حالة العدول من المتنازل على إجباره على دفع تعريف نقدى بل يقتصر الأمر على مقدار المصاريف اللازمة لإتمام عملية النقل . ولذلك ورد نص المادة ١٩ من القانون المدنى الأثيوبى . من حق المستفيد من التصرف أن يطالب بتعويض المصاريف التى يتحملها نتيجة التصرف الذى سبق إبرامه^(١٠٩) .

فالمتنازل لا يلزم بدفع تعويض جزاء العدول^(١١٠) وهذا الذى ذهب إليه أنصار رأى الغالب يستهدف توفير أكبر قدر ممكن من الحرية أمام المتنازل عن جسمه حتى لا يكون تحت وطأة المادة

وخشيته من دفع مبلغ من التعويض في حالة العدول مما يجعله يضحى ويرضخ للعملية ونجم عدم اقتناعه بذلك .

فالهدف البعيد هو حماية الجسم وعدم إمكان المساس به إلا بناء على رضا مستمر حتى إجراء العملية وتنفيذ الوعد بالتصرف في جزء من أجزاء الجسم .

وذهب البعض إلى القول بأن حرية المتنازل في العدول عن التصرف تستخلص من استعمال الشرع المصرى فى القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢^(١١١) لفظ الايصاء أو التبرع بالعين . فمن المقدر قانونا أنه يجوز للموصى الرجوع عن الوصية كلها أو بعضها . كما يجوز الرجوع فى الهبة إذا وجد عذر مقبول للرجوع ويرجع الأمر إلى القاضى فى تقدير الملائمة للرجوع أو فى تقدير عذر الرجوع من عدمه .

ولكن هذا يقتصر على حالة ما إذا كان التصرف تبرعا أى بدون مقابل . أما فى مجال التصرف بعوض فإن العدول لا ينطوى على أدنى خطأ

عقدى ومن ثم فلا يرجع المتنازل له على المتنازل بأى تعويض ولكن يدق البحث فى مسألة الأساس القانونى الذى يمكن الاستناد إليه فى تبرير حق رجوع المعطى عن التصرف فى أحد أعضاء جسمه ...؟

ذهب بعض الفقهاء^(١١٢) أن هذا التصرف مقترن على بشرط إرادى بسيط واقف يقتضى القيام بعمل والشرط الارادى البسيط يعتبر صحيحا سواء تعلق بإرادة الدائن أو المدين . ولكن هذا التحليل يكون صحيحا إذا كان محل الاتفاق هو خضوع الشخص لإجراء عملية جراحية . أما فى مجال التصرف فى جسم الشخص . فإن الاتفاق يتوقف على محض إدارة المتنازل [المدين] ومن هنا تكون إزاء التزام معلق على شرط إرادى محض^(١١٣) . وهو طبقا للقواعد العامة فى نظرية الالتزام يكون باطلا . ولكن كما سبق أن نكرنا أن التعاقد فى مجال التصرفات التى يكون محلها جسم الانسان له طابع خاص ومبررات تبرر الخروج على نطاق القواعد العامة فى العقد . ولكن حتى

لا تترك ثمة ظروف أمام المتنازل للتلاعب أو التحايل على المرض . كأن يتقاضى مبلغا معيناً نظير التنازل ويتم إجراءات التحليل لتوافق الأنسجة كي يمكن التأكد من عدم رفض الجسم الجزء الذى سينقل إليه . ويكون هناك أمل عريض للمتنازل إليه فى الشفاء والتخلص من آلامه . وعند خضوع الشخص المتنازل لإجراء الاستئصال للجزء محل التصرف يرفض لإحساسه بالخطورة التى تلحقه .

فإننا نرى أن إخضاع المتنازل فى حالة العدول عن التصرف إلى إلزامه بالتعويض ليس على أساس العدول فى حد ذاته . وإنما على أساس الأفعال المصاحبة للحق فى العدول . أى عن الأضرار التى لحقت المتنازل إليه من مصاريف تحاليل وأجر طبيب خصص لعملية استئصال العضو الذى يمكن التنازل عنه من المتنازل . والتفويض لا يجبر الشخص على تنفيذ تعاقد مع المتنازل إليه ولكن يجعل المتصرف يفكر بشيء من الجدية قبل إبرام هذا التصرف .

المبحث الثانى : حقيقة التصرف فى جثة الإنسان المتوفى

تمهيد :-

بعد هذا العرض السابق فى بيان إباحة التصرف فى أعضاء الجسم البشرى وإقتصارها على أعضاء الجسم التى لاتعطل الوظائف الحيوية لهذا الجسم . أى الأجزاء المزدوجة فى جسم الإنسان وبذلك قد خرجت الأجزاء الأخرى غير ماسبق ذكره من عداد المشروعية . ولذلك أصبح مجال زرع الأعضاء رغم نجاحه وتطوره الأخير فى تلك الأونة من هذا التصرف محدوداً بالنظر إلى البحث العلمى المتقدم فى هذا المجال نظراً لقلة قطع الغيار البشرية . ومن أجل هذا فلا مجال للحصول على هذا الغيار البشرى إلا من جسم الإنسان المتوفى . فهو لن يفيد شئ ولايتألم لانتزاعها منه . ومن ثم فقد أصبح المساس بجثة الإنسان أمراً لا مفر منه . إلا أن الأمر ليس بالسهل الهين . فأغلب البشر يحرصون على احترام الموتى وسيرتهم . وهذا الاحترام يوجب عدم المساس بتلك

الأجسام^(١١٤) . ويمكن القول أن هذا المساس لايتعارض مع احترام الجثة وخصوصاً أن استعمالها سيكون من أجل حياة شخص مريض يحتاج إلى تغيير جزء تالف من جسمه وحتى لايفتح الباب على مصراعيه دون ضابط . ولكى لاتعم الفوضى باغتتيال شخص والحصول منه على قطع الغيار البشرية اللازمة^(١١٥) لابد من وضع معيار لتحديد وفاة الشخص حتى يمكن التأكد من أن الروح أسلمت إلى بارئها الأعلى . ومن أجل ذلك يجب تحديد معيار منضبط للوفاة . ومامشروعية هذا التصرف ثم بيان كيفية وحقيقة التصرف فى جثة المتوفى .

ولذلك ينقسم البحث فى هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب هى :

المطلب الأول : معيار

تحديد وفاة الشخص .

المطلب الثانى : مشروعية

المساس بجثة المتوفى .

المطلب الثالث : كيفية

التصرف فى جثة المتوفى .

المطلب الأول معيار تحديد وفاة الشخص تمهيد :-

لما كان الحصول على الأجزاء الوفيرة الحيوية وغير الحيوية من الجثة هو الطريق السريع لتلافى مشكلة تعذر الحصول على قطع الغيار البشرية . فإنه دفعا لكل شهوة علمية فى مجال التصرف فى أعضاء الجسم وزرع الأعضاء من ميت إلى حي ولكى لايقدم شخص على إزهاق روح المعطى أو الشخص الحى كى يحصل منه على جزء مطلوب نقله إلى مريض مدفوعاً بشهوة المال أو رغبة الشخص فى مفارقة الحياة بيديه «أن يكون تحديد وفاة الشخص بمعيار قطعى فى الدلالة على انعدام الحياة . وذلك لأن تحديد لحظة الموت يوضح الخط الفاصل بين الحياة والموت فقبل الموت فإننا نكون بصدد إنسان حى يجب على الطبيب أن يبذل كل ما فى وسعه لمعاونته أى تحقيق الشفاء باعتباره ملتزماً ببذل العناية^(١١٦) فهو يقدم له الوسائل التى من شأنها بث روح الحياة فيه كالإنعاش مثلاً . أما منذ لحظة الوفاة

فإننا نكون بصدد إنسان ميت .
وهنا نبدأ التفكير في المساس
بهذه الجثة والقانون الوضعي
المصري لم يحدد أو يعرف
الموت الطبيعي أو بالحادث .
بل جاء نص القانون ١٣٠
لسنة ١٩٤٦ واضحا في
إيضاح من الملزم بالإبلاغ
والمدة التي يبلغ خلالها بالوفاة
إلى مكتب الصحة المختص .
فالقانون الوضعي المصري
ترك للطبيب وحده سلطة
التحقق من الوفاة وسببها .
ولكن لم يحدد للطبيب الوسائل
التي يستطيع أن يتحقق من
الوفاة فالمسألة إذا هي أمور
واقعية يترك تقديرها المطلق
سلطة الطبيب طبقا للأصول
الفنية الطبية .

ولكن يوجد ما يسمى
بالموت الظاهري أي انعدام
دقات القلب والتنفس دون
انعدام لخلايا المخ . فهو يعتبر
الشخص ميتا في هذه
الحالة ... ؟

وإزاء هذه المشكلة التي لم
يهتم المشرع الوضعي
بمعالجتها . فإنه لابد من وضع
معياري يحدد في تحديد لحظة
وفاة الشخص . يوجد في هذا
المجال اتجاهان الأول قديم
والثاني حديث .

الاتجاه الأول :-

هو اتجاه تقليدي قديم (١١٧)
يعرف الموت بأنه التوقف
النهائي للدورة الدموية
وللتنفس فالموت لا يتحقق إلا
إذا توقف القلب عن العمل
وماتت خلاياه وتوقف التنفس
ولكن هذا المعيار كما يذهب
البعض (١١٨) غير دقيق لأن
توقف القلب عن العمل وتوقف
التنفس قد لا يكشف إلا عن
الموت الظاهري دون
الحقيقي . فهناك وسائل حديثة
تعيد للقلب التنفس والعودة من
جديد أو الاستمرار لمدة قد
تطول أو تقصر مثل الأنعاش
أو الصدمة الكهربائية أو تدليك
القلب . وكثيرا ماتل خلايا
المخ حية لفترة بعد توقف
القلب وجهاز التنفس . وقد
يحدث العكس أن تكون خلايا
المخ قد ماتت ويظل الجهاز
التنفسي والقلب في حالة عمل .
فطالما أن خلايا المخ ماتت
فإنه يستحيل عودتها للحياة .
ويستحيل معه أيضا عودة
الشخص للحياة .

وبناء على ذلك فالالاتجاه
الذي يرى أن توقف نبضات
القلب أو الجهاز التنفسي ليس
قاطعا في الدلالة على وفاة
الشخص هذا من جهة (١١٩)

ومن جهة أخرى فإن الأخذ
بهذا المعيار يؤدي إلى استحالة
إجراءات عمليات نقل القلب .
لأن القلب يحتفظ بالأنسجة من
ساعتين إلى ثلاث وكذلك زرع
الكلية لأن الكلية تحتفظ
بالأنسجة من ثلاث إلى أربع
ساعات وكذلك الكبد يحتفظ
بالأنسجة لمدة نصف ساعة .
وهو ما يسمى بموت الخلايا
الذي يحدث بعد ساعات
معدودة من الموت الأكلينيكي .

وإزاء هذا الغموض الذي
اكتشف هذا التحديد لدى
أنصار هذا الاتجاه فلا بد من
البحث عن معيار آخر يكون
أكثر دقة . لكي يمكن الاستفادة
من أجزاء الجثة على نحو
صحيح يحقق الفائدة المرجوة
من هذا المجال الخصب لقطع
الغيار البشرية .

الاتجاه الثاني :

هو اتجاه حديث نسبي وقد
أجمع فقهاء القانون المقارن
على اعتبار الشخص ميتا متى
وماتت خلايا المخ حتى ولو كان
القلب لم تمت خلاياه (١٢٠) إلا
أن هذا الموت لخلايا المخ
يجب أن يكون بصورة
نهائية . ولكي يمكن التأكد من
موت خلايا المخ يجب
الاستعانة في هذا المجال

بجهاز الرسم الكهربائى للمخ . فإذا توقف هذا الجهاز عن اعطاء اشارات فإنه يتفتح إذن أن خلايا المخ قد توقفت عن العمل . وبالتالي يمكن القول ب وفاة الشخص نفسه إلا أن هذه الوسيلة لا يمكن الاعتماد عليها بصفة أصلية . فلا يجوز الاعتماد على الأجهزة فقط . وإنما لابد من اعطاء الطبيب^(١٢١) سلطة تقديرية لاعلان الوفاة بالرغم من عدم اعطاء الجهاز الإشارات . فدور الطبيب يأتي للتأكد من الأعراض الاكلينيكية . وقد أثبت العمل بالفعل خلاف ذلك^(١٢٢) أنه لابد من عدم التعويل بصفة أساسية على جهاز رسم المخ الكهربائى وإنما يعول على درجة ما يستهلكه المخ من أوكسجين . وبناء على هذا التعريف للموت يمكن إجراء عمليات نقل القلب أو الكلى أو العيون أو البنكرياس فمذ لحظة وفاة المخ يعتبر الشخص ميتا حتى ولو كانت الأوعية الخلوية لم تمت بعد . فهذه اللحظات هي التي يمكن طبيا إجراء هذه العمليات . ومتى أعلنت حالة الوفاة فإنه يجب الابقاء على الأعضاء المراد استئصالها باستبقاء

وسائل الانعاش الصناعى حفاظا على هذه الأوعية الخلوية .

ولكن تحفظا على هذا الرأي أنه يجب أن يكون تقرير الوفاة بالإضافة إلى استخدام جهاز الرسم الكهربائى للمخ ليس بطبيب واحد فقط وإنما مجموعة من الأطباء على الأقل من الإخصائيين المشهود لهم بالكفاءة العلمية والدراسة بالأصول الفنية الطبية وتكون هذه المجموعة التي قد يتراوح عددها مابين شخصين أو ثلاثة على حسب الأحوال غير الأطباء الذين يقومون بعملية النقل من جثة المتوفى الى جسم الحى .

تعقيب :

إزاء هذا الخلاف الذى ثار فى أوساط دوائر الفقه وعدم دقة المعيار التي يستند إليها فى تحديد لحظة الوفاة . فحتى الاتجاه الثانى وإن كان قريبا من المنطق العلمى . إلا أن الاعتماد على الأجهزة العلمية لا يمكن أن يبنى عليه تحديد قاطع فى تعريف الموت . فيقرر بعض الأطباء أن جهاز رسم المخ الكهربائى لا يصلح كأداة^(١٢٣) منفردة للتحقق من الوفاة فى ذاتها فالجهاز

لا يعكس سوى نشاط المراكز العصبية القريبة للمخ . فهو لا يعطى إشارات إلا عن هذه المراكز القريبة أما المراكز البعيدة أى العميقة تكون فى حالة حياة . فمن الضرورى الاتفاق على تجديد مدة يظل خلالها الجهاز لا يعطى إشارات بحياة المخ حتى يمكن التأكد من وفاة الشخص^(١٢٤) ولقد أشار الفقه الفرنسى بقرار وزير الصحة الفرنسى الصادر فى ١٩٦٨/٤/٢٤ الذى حدد الاحتياطات التي يلتزم الاطباء فى تحديد لحظة الوفاة . فهذا القرار لم يحدد الموت قانونا . ولكن ترك ذلك الأمر إلى الأصول العلمية وإلى ضمير الأطباء .^(١٢٥) كل ذلك يقودنا إلى أنه لابد من وضع معيار حاسم لتحديد لحظة الوفاة . فهل من الأثق أن يكون ذلك بواسطة القانون أم هي مسألة فنية بحثة يجب تركها لذوى أصول مهنة الطب . ؟

لا جدال أنه فى الإجابة على هذا التساؤل . أهمية قصوى فى مجال التعرف فى أعضاء الجسم الأدمى . ووضع المشكلة فى نصائها الصحيح . إذا أن كثيرا من الأطباء المولعين بعمليات نقل

الأعضاء يهتمهم إنارة الطريق في هذا المجال بوضع الضوابط القانونية التى تتضمن عدم تعرفهم للمسائلة المدنية والجنائية .

فقد ذهب البعض^(١٢٦) إلى أنه يلزم صدور تشريع فى كل دولة يحدد المقصود بالموت . لأن الرأي العام للجماعة ومنهم الطبيب يريد أن يسير هذا المجال فى طريقه الصحيح عن طريق تدخل المشرع بوضع هذا التعريف . فهو كأي ظاهرة اجتماعية يعالجها التشريع حتى يسود الوئام بين أفراد الجماعات . وطالما أن الضمير الاجتماعى لأفراد المجتمع . يريد أن يطمئن على مسألة التصرف فى جثة المتوفى فلا بد أن تأتى القاعدة القانونية محددة هذه الظاهرة فلقد صدر فى ولاية كانساس الأمريكية تشريع فى أول يوليو عام ١٩٧٠ يعرف الموت . وسبب صدور هذا التشريع أنه حدث فى قضية شهيرة تسمى بقضية «بيكى» أن عثرت المحكمة على تعريف محدد للموت منذ القرن السادس عشر . والذي جاء به أن الموت هو توقف جميع الوظائف الحيوية دون أدنى

امكانية لعودتها مرة أخرى^(١٢٧) ولايكتفى بتنظيم هذه المسألة فى لوائح وآداب مهنة الطب . لأن هذه اللوائح لاتلقى لدى الضمير الاجتماعى لأفراد المجتمع نفس التقدير الذى يكون منظما بقانون عام . إلا أننا نرد على ذلك بأنه إذا كان هناك تنظيم لآتى للموت فاللائحة وهى أدنى درجة من التشريع أو القانون . فهى ملزمة للمخاطبين بأحكامها .

وعلى خلاف ماسبق ذهب البعض الآخر^(١٢٨) إلى القول أن الحياة والموت من الظواهر البيولوجية . وتحديد الوفاة من خلال هذه الظاهرة يثير مسألة فنية تتعلق بأصول المهنة الطبية . ولاتثير مشكلة قانونية . فالطبيب هنا لايمس حرمة الجسد . وإنما يقتصر دور الطبيب على تحديد اللحظة الفاصلة بين جسم الانسان الحى وجسم الإنسان الميت . ولا مفر من اختصاص الطبيب بها . وليس للقانون أن يتدخل إلا بوضع بعض القواعد السلوكية التى تسهل على الأطباء أداء هذه المهمة الفنية وبناء على ذلك

يذهب أنصار هذا رأى إلى القول أنه لايجوز أن يصدر تشريع لتعريف الموت . وذلك لأن تعريف الموت بواسطة القانون قد يصبح فى وقت ما غير دقيق بالنظر إلى التقدم العلمى الذى يحدث فى مجال الطب . والذي قد يضطر المشرع فى كثير من الأحوال الى تقدير التشريع بصفة متلاحقة حتى يتسق مع هذا التقدم العلمى .

ويضيف أنصار هذا رأى إلى أن انضباط القاعدة القانونية لايتلاءم مع ظروف كل شخص على حدة إذ القاعدة القانونية عامة مجردة لاتتناول شخص معين بذاته .

إلا أننا نعتقد أن الجمع بين الاتجاهين بوضع احتياطات فى صورة تعليمات للأطباء كي يستعينوا بها بالإضافة الى الأصول الفنية الطبية هو أمر لازم لوضع هذه الظاهرة فى مكانها الصحيح أسوة بما حدث فى فرنسا من صدور قرار وزير الصحة الفرنسى فى ٢٤ أبريل ١٩٦٨ بوضع ضوابط للأطباء يستولون من خلالها على تحديد لحظة الوفاة .

المطلب الثانى

مشروعية المساس بجثة المتوفى

تمهيد :

إن مبدأ معصومية (١٢٩) الجسد أى حرمة الكيان المادى لجسم الإنسان لم يقتصر أثره على جسم الإنسان الحى . وإنما امتد ليشمل حماية جثة المتوفى . فنجد التشريعات الوضعية والعقائد الدينية تحرم المساس بجثة المتوفى . فقد جاء النص فى القانون الجنائى المصرى فى المادة ١٦٠ من قانون العقوبات بتحريم انتهاك القبور أو تحريم أى عمل من شأنه المساس بحرمة الجثة سواء ان هذا العبث قبل الدفن أم بعده . وأفرد المشرع الوضعى عقوبة جنائية لمخالفة هذه الأفعال الإجرامية (١٣٠) . وامتدت هذه الحماية فى العقائد الدينية . فقد ورد فى الحديث الشريف « كسر عظم الميت ككسر عظم الحى » (١٣١) . فهناك إذن شعور عام لدى كافة البشر بما يسمى بتقديس الموتى (١٣٢) . فيحرص أغلب الناس على احترام الميت وعدم التمثيل بجثته إلى حد الإنتقام والشراسة . وهذا المبدأ الخاص بحرمة الجثة

كرامة الجسم الحى . وقفت إلى حد بعيد عائقاً فى سبيل الحصول على قطع الغيار البشرية من جثث المتوفيين . ولكن هذه الحرمة يجب أن توضع فى موضوعها الصحيح فى عصر ظهر فيه التقدم الطبى الهائل فى مجال نقل الأعضاء من ميت إلى حى . أى وجود مصلحة عاجلة . للمرضى الذين يحتاجون إلى هذه القطع البشرية . والتركيز على الإهتمام بهذه الدراسة يسهل إذا ما انتهينا إلى مشروعية المساس بجثة المتوفى إلى عملية استئصال أعضاء من الجثة . فتقدم دراسة علم الأرواح ألقى الكثير من الضوء على أن الإنسان روح لا جسد (١٣٣) وأن الجسد هو القيد الذى توضع دخله الروح ويمنعها من الحركة . كما بين لنا الكثير من صور الحياة فى الحياة الأخرى . ومن ثم فلا داعى لتقديس الجسد على نحو يعوق حركة التقدم العلمى فى مجال نقل الأعضاء الآدمية . وبناء على ذلك فإنه إزاء قدسية الجسد فإنه لا بد من التخلل ولو جزئياً من هذا المبدأ بإباحة المساس والتصرف فى الجثة بالقدر

الذى يحقق ضرورات التعاون والتضامن الإنسانى فإذا كان يخطر بصفة مطلقة المساس والتعرض لجثة المتوفى . فإن الضرورات تبيح المحظورات . ولذلك سنوضح اتجاهات القانون المقارن والقانون الوضعى المصرى إزاء هذا المبدأ ومبرراته وذلك فى فرعين متتالين هما :

الفرع الأول :: اتجاهات القانون المقارن

الفرع الثانى : اتجاهات القانون الوضعى المصرى

الفرع الأول

اتجاهات القانون المقارن

كثير من التشريعات الأجنبية تعرضت بالنص صراحة على جواز استئصال جزء من جثة المتوفى وزرعها فى جسم آخر حى . وهى أسبق فى تاريخها من تلك التى تعرضت للتصرف فى جزء من جسم الإنسان الحى . ونخص بالذكر القانون الأسبانى الصادر فى ١٨/١٢/١٩٥٠ . والقانون الإيطالى الصادر فى ٣/٤/١٩٥٧ . والقانون السويدى الصادر فى عام ١٩٥٨ . والقانون الدانمركى

الصادر في ١٩٦٧/٦/٧ .
والقانون البرازيلي الصادر في
١٩٦٨/٨/١٠ . (١٣٤) وكذلك
القانون الفرنسي والقانون
الأمريكي والقانون الإنجليزي
ونظراً لأن القانون الفرنسي
والأمريكي يعتبران أهم
القوانين المقارنة في العصر
الحديث فإننا سنتعرض
تفصيلاً لهما :

أولاً : الوضع في فرنسا :
نجد أن القانون الفرنسي قد
عدل عن مبدأ الحرمة المطلقة
لجثة المتوفى وبدأ يدخل عليها
استثناءات كثيرة من أجل
مصلحة البشرية . وأجاز
العديد من التصرفات في جثة
الشخص بشروط مختلفة .
ولقد أكدت محكمة النقض
الفرنسية أن كل شخص
يستطيع أن يتصرف في جثته
كما يستطيع أن يتصرف في
أمواله مع مراعاة ألا تدخل
الجثة في التجارة أو المعاملات
فالتصرف لا يكون إلا
لأغراض صحية أو علمية .

وقد جاء في المادة ٣ من
القانون الفرنسي الصادر في
١٨٨٧/١١/١٥ أنه يجوز
للشخص أن يوصي بكيفية
دفنه وتعتبر هذه الوصية
ملزمة . فيجب على عائلته

احترام هذه الوصية وتنفيذها
طالما أنها غير مخالفة للنظام
العام أو الآداب وقد علق الفقه
الفرنسي على ذلك (١٣٥) بأن
الشخص يعتبر سيد جسده بعد
الوفاة . ولهذا من حقه أن يحدد
كيفية التصرف في جثته
وإرادته تلزم الأقارب
والمجتمع . والتصرف الذي
بمقتضاه يتصرف الشخص في
جثته أو في جزء منها يعتبر
مشروعاً طالما أن الغرض من
التصرف هو توجيه الجثة إلى
غرض مشروع .

ولقد صدر في فرنسا في
١٩٤٩/٧/٧ قانون خاص
بإباحة التصرف في قرنية
العين . فأباح للشخص أن
يوصي بقرنية عينه . ومن ثم
فإنه يمكن القول أن هذا القانون
أجاز مبدأ استئصال جزء من
جثة ميت لزراعته في جسم
إنسان حي . ويعتبر هذا
القانون من قبيل التطبيقات
التشريعية لهذا المبدأ . وكما
أن وجود بنوك للعديد من
أجزاء الجسم تحت سلطة
 وإدارة السلطة العامة في
فرنسا يعتبر من قبيل
الإعتراف بمشروعية
الحصول على أجزاء من جثة
الميت . فيوجد بنك العظام
وبنك الجلد .

ولذلك نجد أن المادة
الرابعة من مشروع تعديل
القانون المدني الفرنسي تسمح
للشخص بالتصرف في جثته
لأغراض علمية أو أغراض
طبية .

ثانياً : الوضع في أمريكا :

تطور الوضع في القانون
الأمريكي ووضع أول قانون
في ١٩٦٨/٧/٣٠ وهو يبيح
نقل الأعضاء من جثة شخص
ميت .

وأهم ما يميز هذا القانون
هو السماح للشخص البالغ من
العمر ثمانية عشر عاماً فأكثر
أن يعطي كل جثته أو جزء
منها لغرض من الأغراض
التي يحددها القانون . والهبة
لا تنفذ إلا بعد الموت أي أن
يكون التصرف بالإيصاء .
فأول من يسمح له القانون
بالتصرف في الجثة هو
الشخص نفسه . وإرادته التي
يبدونها قبل الوفاة يجب
احترامها (١٣٧) والسوضع
الحالي في الولايات المتحدة
الأمريكية أن هناك ثلاثين
ولاية تسمح للشخص البالغ
فقط بأن يتصرف في جثته عن
طريق الوصية . وأربع
ولايات تسمح بالتصرف في
العين فقط . وستة عشر ولاية

تسمح للأقارب بالتصرف في الجثة للمتوفى (١٣٨) . وتوصل الفقهاء في أمريكا إلى السماح للأقارب بالتصرف في الجثة تأسيساً على ما يسمى بحق الأقارب في دفن قريبهم المتوفى . ففي الولايات المتحدة الأمريكية من المستقر عليه ومن المعترف به من قديم الزمان أن للأقارب الحق في دفن جثة قريبهم المتوفى . والحق في الدفن يشمل الحق في حيازة الجثة لدفنها وكذلك الحصول على تعويض في حالة تشويهها أو المساس بها . فمن حق الأقارب بل ومن واجبهم حماية الجثة ضد أى اعتداء غير ضرورى . وأى اعتداء على هذا الحق باستثناء تشريح الجثة لاكتشاف الجرائم من شأنه أن يكون ماساً بأرق المشاعر العاطفية والإنسانية للأسرة وحق الأقارب وحق الأقارب في التصرف في جثة قريبهم ينبع من التزامهم أو حقهم في ذمته . فالحق في الدفن يشمل الحق في التصرف في الجثة بأكثر الطرق ملاءمة بما في ذلك التصرف في الجثة وفي جزء منها لأغراض علمية . فالحق في الدفن يجب أن يفهم على أنه يعطى للأقارب الحق

في التصرف في الجثة (١٣٩) وهذا التوسع في فهم الحق في الدفن هو الذى يبرر الخروج على المبدأ الخاص بالتصرف في الجثة لأغراض علمية أو طبية .

الفرع الثانى : اتجاهات القانون الوضعى المصرى

يكاد يجمع الفقه (١٤٠) المصرى على مشروعية التصرف في الجثة . ويظهر ذلك جلياً من موقف المشرع المصرى فى القانونين ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ الخاص بإنشاء بنك العيون . فيمكن استنتاج إباحة المساس بجثة الميت من حالة التنازل عن العين من أجل إجراء عملية ترقيع القرنية . فقد جاء نص المادة من حالة التنازل عن العين من أجل إجراء عملية ترقيع القرنية . فقد جاء نص المادة الثانية من هذا القانون أن يصدر البنك فى الحصول على العيون من : الموتى وقتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم . والوصية هى تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . أى أن المشرع أباح التصرف في جزء من الجثة وهو العين سواء من قتلى الحوادث أو الموتى الذين تشرح جثثهم .

فطالما أن هناك مساس بالجثة . فليس هناك مانع إذن من استئصال العين والإنتفاع بها لإنقاذ شخص آخر .

ونجد أيضاً المادة ٢٦ من القانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالمواليد والوفيات « يجوز لمفتشى الصحة أن يأذن بعدم دفن الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للإحتفاظ بها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة نوى الشأن من أقارب المتوفى ، يبين من ظاهر النص أنه قاطع فى جواز المساس بالجثة لأغراض تتعلق بالمصلحة العلمية أو لإجراء تجارب عليها . ويمكن الاستدلال من ذلك التنازل عن جزء من الجثة لتحقيق مصلحة أكيدة للغير هو ما يتفق مع ضرورات التضامن الإنسانى .

ونذهب مع البعض (١٤١) إلى أن هذه النصوص ليست إلا تطبيقاً لقاعدة عامة هى جواز المساس بالجثة من أجل المصلحة الإنسانية القطعية والمؤكد . فإذا توافرت هذه الشروط فى حالة أخرى فإن الإباحة تمتد إليها .

إلا أنه ينبغى وبحذر شديد

ألا يجوز المساس بالجثة إلا لغرض علاجي . فضرورة الخروج عن مبدأ حرمة الجثة لا يبرره سوى مصلحة إنسانية علاجية وليس مصلحة تجريبية وتطبيقاً لذلك . لا يجوز استخدام الجثة من أجل تحقيق أهداف اقتصادية . كاستعمالها في إنتاج الأسمدة الأزوتية^(١٤٢) وذلك لمخالفته للنظام العام .

المطلب الثالث

كيفية التصرف في جثة المتوفى

تمهيد :

لما كانت الجثة هي المجال الخصب للحصول على قطع الغيار البشرية . فإن الصورة الأساسية للتصرف في الجثة تكون بناء على وصية صادرة من الشخص قبل الوفاة . ولكن في غالب الأحوال يموت الشخص دون تحديد لكيفية التصرف في جثته . فهنا تتور الصعوبة في تحديد من يملك الحق في التصرف في الجثة . أم لا يجوز التصرف في الجثة . ولذلك سنقسم البحث في هذا المطلب إلى فرعين متتاليين :

الفرع الأول : التصرف في الجثة عن طريق الوصية

الفرع الثاني : التصرف في الجثة بغير طريق الوصية

الفرع الأول

التصرف في الجثة عن طريق الوصية

بادئ ذي بدء أنه لا يجوز الإيضاء بالجثة أو بأجزاء منها إلا إذا كان لأغراض علمية أو طبية . وبهذا تعتبر الوصية مشروعة قانوناً . ويمكن تأسيس شرعية الوصية من الناحية القانونية استناداً إلى نص المادة من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ « أنه يمكن الحصول على العيون من الأشخاص الذين يوصون بها ، ويمكن مد هذه الإباحة إلى باقي أعضاء الجسم البشري . وخصوصاً أن المشرع أباح الإيضاء بالعين وهي أعلى جزء من الجسم ونور الحياة عند البشر .

ولذلك نجد أن أغلب القوانين الأجنبية^(١٤٢) وتابعها في تلك القضاء الأجنبي أيضاً^(١٤٣) بالقول أنه رغم أن الجثة لا تدخل في مجال المعاملات الاقتصادية . فإن من حق الشخص أن يتصرف

في جثته شأنه في ذلك شأن من يتصرف في أمواله . فالفرد سيد نفسه حال حياته وله أن يحدد طريقة التصرف في جثته عند مماته . بل وله حق الشخص أن تحترم إرادته فيما يتعلق بوصيته الخاصة بجثته .

وإذا كانت الإباحة في التصرف جزء من جثة الإنسان : والجثة بأكملها عن طريق الوصية فما هو الشكل الذي تكون عليه الوصية وهل تنطبق أحكامها على البالغ والقاصر وناقص الأهلية وما هو السن الذي يمكن معه الإعتداد بهذه الوصية . والذي لفت النظر إلى إثارة مثل هذا النقاش بالنسبة للقاصر وناقص الأهلية . هو العبارة الأخيرة التي وردت في المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ . والتي تشترط الحصول على إقرار كتابي من الموصي وهو كامل الأهلية . فإذا كان ناقص الأهلية أو قاصراً فتشترط الحصول على موافقة الولي . ونعود لما سبق أن ذكرناه بخصوص شكل الوصية وطريقة صياغتها . فإنه يتضح من نص المادة الثانية من القانون

رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ في شأن الوصية في مصر (١٤٤) تنعقد الوصية بالعبارة أو بالكتابة فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما انعقدت الوصية بإشارته المفهومة . ولا تسمح عند الإنكار دعوى الوصية أو الرجوع فيها ... الخ النص .

يتضح من النص المشار إليه . أن المشرع المصرى يشترط لجواز سماع دعوى الوصية عند الإنكار أن تكون إما محررة في ورقة رسمية أو في ورقة عرفية يصدق فيها على إمضاء الموصى أو ختمه . أو تحرر بها ورقة عرفية مكتوبة جميعها بخط الموصى وموقع عليها بإمضائه . فالكتابة هنا لازمة لسماع دعوى الوصية وليست شرطاً لانعقادها . والذي يؤيد هذا التفسير ما جاء بنص المادة الثانية من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ والتي تقرر ضرورة الحصول على إقرار كتابى من الموصين وهم كاملوا الأهلية .

وأما عن السن الذى يجوز فيه الإعتداد بالإيصاء . فإن المشرع المصرى لم يحدد سناً معيناً ويجب أن نحدد المقصود بكامل الأهلية أى السن التى

ينتهى فيها الولاية على النفس (١٤٥) وليس الولاية على المال . ومن المعلوم سلفاً أن سن انتهاء الولاية على النفس فى القانون المصرى هو البلوغ الطبيعى (١٤٦) ببلوغ النكاح والحد الأدنى للتصديق فى ذلك هو تسع عشر للفتاة واثنى عشر للفتى . وإن كان القاصر مراهقاً ولم يدع ببلوغ النكاح فإن البلوغ يكون بالخامسة عشرة . هذا وقد حدد القانون الأمريكى السن الذى يعتد به فى اكتمال أهلية الإيصاء بالجنة بثمانية عشر عاماً (١٤٧) والتساؤل الذى يثور فى هذا النطاق . ما مدى جواز الإيصاء بجنة القاصر ؟

يبين من استقراء النصوص الوضعية للقانونين ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ ، ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ . فقد كان يشترط القانون الأول للحصول على عيون الأحياء الذين يوصون بها ضرورة الحصول منهم على إقرار كتابى وهم كاملوا الأهلية . فالواضح من ذلك أن الوصية بالعين لا تجوز إلا من كامل الأهلية . ولا تصح الوصية للقاصر ولو رضى القاصر بذلك . وبعد تعديل هذا القانون بالقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ سالف الذكر جاء

بالمادة الثالثة ، أنه إذا كان الشخص قاصراً أو ناقص الأهلية فيلزم الحصول من وليه على إقرار كتابى بذلك . ويتضح من هذا التعديل أنه يجوز للقاصر أو ناقص الأهلية . أن يوصى بعينه بشرط الحصول على إقرار كتابى من الولي ولكن ما المقصود بالولي هنا . نؤكد أن المقصود بالولي ، هو الولي على النفس . ولقد وقع المشرع فى خطأ فى هذا النص حيث ذكر الشخص القاصر أو ناقص الأهلية فى حين أن الولاية على النفس لا تعرف ناقص الأهلية . وإنما تقتصر أحكامها على القاصر فهى تستهدف حماية شخص الصغير وحياته (١٤٨) وكان الأحرى بالمشرع أن يكتف بعبارة القاصر فقط . وإذا كان القانون الوضعى المصرى أجاز الوصية بجنة القاصر . فمن الذى يملك الإيصاء . هل الولي على النفس منفرداً أم أنه يجب موافقة القاصر بالإضافة إلى ذلك .

ذهب البعض إلى أنه يجب موافقة القاصر على التصرف فى جثته ثم يقر الولي ذلك . فمثل هذا التصرف من

التصرفات الخطيرة التي يعتد فيها بموافقة القاصر بنفسه .
والمادة الثالثة من القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ سالف الذكر تقرر أنه إذا كان الشخص قاصراً فيلزم الحصول على موافقة الولي أى أن الوصية الصادرة من القاصر لا يعتد بها إلا إذا أقرها الولي . ولو كان المشرع يريد السماح للولي بالإيصاء مندداً في نص المادة الثالثة سالف الذكر فجاء النص « يجوز للولي أن يوصي بجثة القاصر على أن يكون ذلك بإقرار كتابي » فالقاصر هو الذي يتصرف والولي هو الذي يجيز التصرف أو يقره .

إلا أننا نذهب مع بعض الفقهاء من أنه لا مانع من قيام الولي نيابة عن القاصر بالإيصاء بالجثة للأخير . فالوصية هي تصرف مضاف إلى ما بعد الموت . ولهذا فهي لا تشكل خطورة على حياة القاصر . كما أنه إذا امتد العمر بالقاصر حتى بلغ سن انتهاء الولاية على النفس فمن حقه الرجوع في الوصية متى شاء .

كما أنه يصعب القول بضرورة موافقة القاصر لأنه يكون في سن صغيرة وغير

مدرك ومن ثم فلا جدوى من اشتراط موافقته . وإن كان القاصر مدركاً أيضاً فلا داعي لموافقته لأن الوصية تصرف لا ينطوي على خطورة حال حياته . فتصرف القاصر ثم موافقة الولي أمر غير متصور إلا فيما يتعلق بحالات نقص الأهلية . وهو نظام لا تعرفه الولاية على النفس .

والأمر لا يخلو من صعوبة على نحو ما سلف بيانه فإذا كان من حق الشخص أن يوصي بجثته لغرض علمي أو طبي . فإن اتباع إجراءات الوصية والتثبت منها بالأوراق الرسمية أو العرفية المصدق على التوقيع عليها ، لا يحقق فاعلية إجازة التصرف في جزء من الجثة أو الجثة بأكملها إذ في اتباع إجراءات الوصية العادية يحتاج إلى وقت طويل ويؤدي إلى نخع أجزاء الجسم وفقدانها الصلاحية للإلتئام مع جسم المريض . ولذلك اقترح البعض أن تثبت الوصية في بطاقة تحقيق الشخصية للموصي . كأن يثبت في خانة تخصص للكشف عن التصرف في الجثة ويذهب البعض الآخر (١٥٩) أنه يجب عمل بطاقة خاصة بالتبرع

بجملها الشخصي مثل رخصة قيادة السيارة أو بطاقة تحقيق الشخصية .

واقترح البعض الآخر (١٥١) نادي تكوين نادي عالمي للمتبرعين بالأعضاء وكل عضو من أعضاء النادي يدعى له وشم على ذراعه الأيسر يمثل شعار النادي . ولكن هذا الاقتراح غير مقبول إذ أن الوشم يعتبر علامة غير مستحبة في معظم البلاد . وقد يستدل منه على سوء الشخص أو سذاجته . كما يصيب في غالب الأحوال إزالة الوشم للرجوع عن الوصية (١٥٢) .

ونرى أن هذه الاقتراحات وإن كان بعضها مقبولا والآخر غير مقبول . فقد يفتقد الشخص بطاقة تحقيق الشخصية أو بطاقة التبرع أو يصاب في حادث أليم يذهب الوشم الذي يمكن منه الاستدلال على الإيصاء . وقد لا يعرف كلية عما إذا كان هذا الشخص أوصى بجزء من جثته أم لا فهل يجوز التصرف في الجثة في مثل هذه الأحوال . وإذا أجزنا ذلك كيف يمكن تبرير هذه الإجازة وبالأحرى الأساس الذي تبنى عليه الإجازة في حالة عدم

الوقف على الإيصاء أو عدم الإيصاء . وهو ما سنعرضه في الفرع الثاني .

الفرع الثاني

التصرف في الجثة بغير طريق الوصية

قد يتوفى الشخص دون أن يتعرض لكيفية التصرف في جثته سواء بالإيصاء أو غيره من الطرق الأخرى ، فإذا مات في الشخص ينتقل الحق في الحفاظ على الجثة إلى أقارب المتوفى . فيجب عند التعرف بها عدم اعتراض هؤلاء الأقارب أو موافقتهم على التصرف . ولكن تثور هناك بعض المسائل القانونية التي تفرض نفسها على بساط هذا البحث وهي . ما أساس حق الأقارب على الجثة . ومن هم هؤلاء الأقارب . ومدى ضرورة الحصول على موافقتهم . وهل يشترط الموافقة الصريحة أم الضمنية أم يكفي بالموافقة الافتراضية .

المسألة الأولى : أساس حق الأقارب على الجثة :

يعطى القانون الوضعي المصري بعض الامتيازات للأقارب^(١٥٣) أو بعض الحقوق التي يتمتع بها

الأشخاص لمجرد صلة القرابة مثل ما جاء في نص المادة ٢٢٢ منى مصرى التى تعطى للأقارب حتى الدرجة الثانية الحق فى التعويض عن الضرر الأدبى الذى يصيبهم من جراء موت المصاب .

ولهذا فإن حق الأسرة على الجثة ليس حق ملكية . وإنما هو حق الحقوق اللصيقه بالشخصية . لصيق بشخصية الأقارب أنفسهم فهو حق معنوى يستند إلى صلة الدم والقرابة التى تربط أفراد الأسرة .

ولذلك لا يمكن القول بأن الموافقة على التصرف في الجثة ليس من حق الورثة لأن هؤلاء لا يخلفون الشخص إلا في أمواله . ولكنها من حق الأقارب . والقرابه هنا تقوم على أساس صلة الدم .

وفى الغالب الأعم . كثيرا ما يتلاقى الوارث والقريب . ولكن عدم استعمال تعبير الورثة فى الحصول على الموافقة . يدل على أن العلاقة غير مالية ولكنها علاقة دم . ومن أجل ذلك نرى أن المادة الثالثة من القانون ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ تستلزم الحصول

على موافقة أقرب الأولياء على النفس العصبات إلى المتوفى . وهذا يدل على عدم انسجام حق الأقارب بأى طابع مالى . وقد حرص المشرع على إيضاح عبارة الولي على النفس حتى لا تختلط بالولاية على المال .

والأصل أن حق الأقارب فى التصرف لا ينشأ إلا من لحظة الوفاة . أما قبل الوفاة فإن الحق يثبت للشخص نفسه فقط .

المسألة الثانية : تحديد أقارب المتوفى .

ذهب البعض إلى تفضيل استعمال لفظ الورثة بدلا من الأقارب وذلك^(١٥٤) لأن الورثة أكثر تحديدا بل وأقل بكثير من الأقارب .

إلا أننا فضلنا استعمال لفظ الأقارب لأن الجثة لا تورث فهي ليست من الأشياء المادية التى تدخل فى نطاق المعاملات المالية . وهذا الاستعمال يدعونا إلى تحديد هؤلاء الأقارب حتى لا ندخل فى مجال ليس له نهاية من الأقارب .

فمن هم الأقارب . يقصد

بالأقارب في القانون المدنى كل من يجمعه مع الشخص أصل مشترك وهذه هي قرابة الدم التي قد تكون مباشرة أو غير مباشرة . كما أن هناك ما يسمى بقرابة المصاهرة . ومن ثم فإن هؤلاء الأقارب يكون عددهم كثير . ولهذا ليس من المنطقي الحصول على موافقة هؤلاء الأقارب جميعا . ومن ثم فقد بات واضحا أهمية قصوى في هذا الصدد كى نحدد هؤلاء الأقارب الذين يعتد بموافقتهم حتى يمكن إجازة التصرف في جثة المتوفى ولذلك اختلف الفقهاء الأجانب والمصريين في تحديد هؤلاء الأقارب وسنعرض لهذا الخلاف فى أوساط دوائر الفقه الأجنبى والوطنى .

(أ) تحديد الأقارب فى القانون الأجنبى :

ذهب بعض الفقهاء الأجانب^(١٥٥) إلى أنه يقصد بهؤلاء الأقارب . هم الأقارب الحاضرين بجوار المتوفى باعتبارهم نواب عن باقى الأقارب نيابة قانونية . أو على أساس أن أى شخص منهم يصلح لأن يكون ممثلا للأسرة ومن ثم يمكن أن يقرر

بالموافقة على المساس بالجثة . ولكن هذا رأى مردود عليه من زاويتين . الأولى . أن مجرد التواجد بجوار المتوفى لا يعطى هذا القريب ذلك الحق للأسرة لاتعتبر شخصا معنويا بحيث يمكن أن يمثل أحد أفراد باقى الأسرة . والثانية . أن هذا القبول أو الموافقة التي قد تصدر من أحد الأقارب المتواجدين مشوبا بالضغط النفسى إذ هذا القريب يعيش فى مأساة وفاة عزيز عليه ويستحيل أن يكون هذا القبول صحيحا فهل على الأقل قبول ضعيف .

وإزاء هذا النقد . نجد أن بعض التشريعات الأجنبية لجأت إلى تحديد هؤلاء الأقارب الواجب الحصول على موافقتهم .

فقد ذهب البعض^(١٥٦) إلى أنه يجب أن تكون الأولوية للقريب الذى يلتصق أشد الالتصاق بالمتوفى والذى يعتبر بالتالى أقدر الناس على التعبير عن رغباته لو كان حيا . وأولى هؤلاء الأقارب هو الزوج الباقي على قيد الحياة . ولو كان الزوج قد توفى بدوره . أو كان المتوفى

غير متزوج فيجب اللجوء إلى ترتيب الأقارب حسب قواعد الميراث فى القانون الفرنسى . ويرى البعض الآخر^(١٥٧) ضرورة الاهتمام بالحصول على موافقة من يعبر أصدق تعبير عن إرادة المتوفى . ولهذا يمكن الحصول على موافقة العشيقة فهي تفضل الأقارب ذوى الدرجات البعيدة وغير المتصلين بالمتوفى .

وفى الولايات المتحدة الأمريكية . يكون الحق فى التصرف فى الجثة للزوج الباقي على قيد الحياة ثم الابن أو الابنة البالغة ثم أحد الوالدين ثم الأخ أو الأخت الشقيقة البالغين وأخيرا أى شخص آخر يسمح له المتوفى قبل الوفاة بالتصرف فى الجثة .

وتشترط المادة الثانية من القانون الصادر فى لوكسمبرج والخاص بتنظيم شروط استئصال أجزاء من الجثة . ضرورة الحصول على موافقة الأقارب المتوفى بحسب ترتيبهم فى استحقاق التركة وذلك حتى الدرجة الثانية وكذلك موافقة الزوج . والوصية الصادرة من المتوفى تغنى عن اللجوء إلى موافقة

هؤلاء الأقارب . أما القانون الإيطالى رقم ٢٣٥ الصادر فى ١٩٥٧/٣ والخاص باستئصال الأعضاء من الجثث. فهو لا يسمح بالمساس إلا بناء على وصية من المتوفى . وفى حالة عدم وجود هذه الوصية . فإن مدير المستشفى الذى ستجرى الاستئصال يجب أن يخطر الزوج وأقارب المتوفى إلى الدرجة الثانية بعزمه على اجراء هذا الاستئصال متى كان يعرف موطنهم جميعاً^(١٥٨) . ولا يجوز الاستئصال إذا مارضى الزوج الباقي على قيد الحياة أو أحد الأقارب حتى ولو رضى بذلك أغلبية الأقارب وكان القانون الإيطالى يشترط موافقة الأقارب بالاجماع .

(ب) تحديد الأقارب فى القانون الوطنى :-

لما كان الحق فى التصرف فى الجثة من الحقوق المعنوية فإنه قد يفهم مما ذهب إليه المسترعى المصرى فى المادة ٢٢٢ مدنى «تعويض الأقارب حتى الدرجة الثانية عن الضرر الأدبى الذى يعود عليهم من جراء وفاة المصاب» . أن هؤلاء يعتبرون

الأقارب فمن يتألم معنوياً لموت القريب يكون من سلطته التصرف فى الجثة . ولكن هذا التحليل غير صحيح فى مجال التصرف فى الجثة وذلك لأن القانون يعطى هؤلاء الأقارب جميعاً وإن تعدوا الحق فى الحصول على التعويض . ولهذا فإن العدد يعتبر كبيراً ويصعب الحصول على موافقتهم جميعاً . كما أن النص لا يسمح بتفضيل الأقرب درجة عن غيره من الأقارب . فالتصرف فى الجثة يحتاج إلى تحديد أكثر دقة لهؤلاء الأقارب ولكننا نذهب مع بعض الفقهاء^(١٥٩) إلى أنه يمكن الاستناد إلى نص المادة الثالثة من القانون ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ فى شأن بنك العيون . ومد حكمه على باقى أعضاء الجثة . فهذه المادة تقرر فى مجال العيون «أنه يجب صدور إقرار بالموافقة على استئصال العين من أقرب الأولياء على النفس العصبية إلى المتوفى فى حالة ترقيع القرنية ويراعى فى ذلك مراتب الولاية على النفس وفقاً لأحكام القانون . وفى حالة وجود أكثر من واحد من العصبية فى مرتبة واحدة تلزم موافقة أغليبتهم» .

وكان المشرع هنا يربط بين التصرف فى الجثة والولاية على النفس . فحق التصرف يثبت للعصبية لأن الولاية على النفس تثبت للعصبية . فالذى ينالهم الأذى من عدم صيانة الشخص هم عصبته . فهم الذين يتكفلون معه فى دفع الأذى . فيشاركون فى الديات إذا جنى . فكان لهم بذلك حق صيانته والمحافظة عليه . وعند وفاته فإن الحق فى الصيانة والمحافظة يحتد إلى الجثة . ومن ثم يثبت الحق لمن كان له الحق وعليه واجب صيانة الشخص والمحافظة عليه . والعصبية هم الأقارب الذكور الذين لا تكون قرابتهم بواسطة الأنثى وحدها . وهم فى أولوية استحقاق الولاية على حسب ترتيبهم فى الميراث . فأولاهم الأبناء ثم الآباء ثم الأخوة ثم أبنائهم ثم الأعمام وهكذا . ويرجح منهم من كان ذا قرابتين على من كان ذا قرابة واحدة فالأخ الشقيق يقدم على الأخ لأب^(١٦٠) .

وإنما الأمر الذى ينبغى الإشارة إليه وبحق أن المشرع فاته ذكر حق الزوج الباقي

على قيد الحياة إلى جانب العصابات . ويرجع سبب ذلك إلى تأثير المشرع بأحكام الولاية على النفس . وقد خرج عن أحكامها في بعض الأحوال^(١٦١) لأنه في مجال الولاية على النفس أنه في حالة تعدد العصابات من درجة واحدة فأولادهم بالولاية أصلحهم وأتقاهم . فإن تساوا في الصلاح فأولاهم أكبرهم سناً . ولكن قد تظهر مشكلة أخرى في حالة تعدد هؤلاء كيف يتم الموافقة . ونذهب مع بعض الفقهاء^(١٦٢) إلى القول أن النص يعتد بموافقة الأغلبية من العصابات من نفس الدرجة مع ضرورة إضافة الزوج الذي يبقى على قيد الحياة إليهم .

المسألة الثالثة : موافقة الأقارب .

بعد هذا العرض في تحديد أساس حق الأقارب في التصرف في مجال الجثة ومدلول الأقارب الذين يجب الاعتداد بموافقتهم يبقى مسألة أخيرة وهي موافقة هؤلاء الأقارب هل تشترط الموافقة الصريحة أم الضمنية أم أنه يجب الاعتداد بالموافقة الافتراضية . تنازع الإجابة

على ذلك اتجاهين . الأول يذهب إلى أنه يلزم موافقة كتابية والثانية يذهب إلى الإكتفاء بالموافقة المفترضة . فالأصل الإباحة والاستثناء التحريم . وسنعرض لكل من هذين الاتجاهين والتعقيب على كل اتجاه على حده .

الاتجاه الأول : ضرورة الموافقة الكتابية .

يذهب الفقه والقانون الأجنبي إلى ضرورة الحصول على موافقة أقارب المتوفى عند التصرف في الجثة . وتشترط بعض هذه القوانين أن تكون هذه الموافقة المسبقة كتابية^(١٦٣) ويرى أنصار هذا الاتجاه أن للأسرة حقاً من الحقوق الطبيعية على جثة قريبهم . وإعلان حقوق الإنسان والمواطن الصادر في فرنسا يقرر أن : ممارسة الحقوق الطبيعية لكل إنسان ليس له حدود إلا في النطاق الذي يسمح للغير التمتع بذات الحقوق . وتلك الحدود يجب تنظيمها بقانون ولا يجيز شخص على القيام بمالم يأمر به القانون . ومن ثم فإن القانون الفرنسي الصادر في ١٥/١١/١٨٨٧ الخاص بحق الشخص في تنظيم كيفية

حدوث جنازته يعطى الحق للشخص نفسه قبل الوفاة في الإيصاء بما يزيد . فإن لم يكن قد أوصى بشيء في ذلك المجال فإن الفقهاء يعطون ذلك الحق للخروج ثم إلى الوالدين وأخيراً إلى أولاد المتوفى . وترجع أهمية اشتراط هذه

الموافقة لأننا في صدد المساس بحرمة الجثة . وإذا كان المساس سمح به لضرورة وهي انقاذ حياة المريض . فإن توافر حالة الضرورة بمفردها لا تكفي لمشروعية التصرف فـ في جسم الإنسان . فالمشروعية لا تتوافر في هذا المجال إلا بتوافر حالة الضرورة من جهة وموافقة المجنى عليه أو أقاربه . فلا يجب اغفال حرمة المساس بالجثة . وبناء على ذلك فإن السلطة العامة لا تستطيع التصرف بمفردها في الجثة ولو بناء على لائحة^(١٦٤) فالتغاضي عن حق الأسرة ينطوي على اعتداء على حرية من الحريات المتعلقة بالنظام العام .

وأخذاً بهذا الاتجاه تنص المادة ٢٦ من القانون ١٣٠ لسنة ١٩٤٦ «يجوز لمفتش الصحة أن يأذن بعدم دفن

الجثة بناء على طلب إحدى الجهات الصحية أو الجامعية للاحتفاظ لديها لأغراض علمية وذلك بعد موافقة جميع ذوى الشأن من أقارب المتوفى .

فالقانون سالف الذكر يشترط موافقة الأقارب . وقد كان القانون ٢٧٤ لسنة ١٩٥٩ يشترط للحصول على عيون الموتى أو قتلى الحوادث أو من تشرح جثثهم صدور اقرار بالموافقة على عملية التصرف فى هذا الجزء من الجسم من أقرب الأولياء على النفس العصابات إلى المتوفى . فلابد إذن من الموافقة المسبقة للأقارب . والقول بغير ذلك يعنى منح المستشفيات المرخص لها بإنشاء بنوك العيون سلطة خطف الجثث . بل والاعتداء على حرمة الجثة فيجب مراعاة الحقوق المعنوية لأفراد الأسرة على جثة قريبهم . وأن استئصال جزء من الجثة دون علم الأقارب يعتبر من قبيل سرقة جزء من الجثة^(١٦٥) . بل يعتبر من جهة الطبيب خيانة للأمانة التى عهد إليه بها المريض وأقاربه^(١٦٦) . فلا يمكن التغاضى عن رضاء هؤلاء الأقارب . لأن التغاضى

عنه فيه هدم لمبادئ اقامتها الإنسانية خلال قرون عديده من أجل قدسية وصيانة جسم الإنسان . فجسم الإنسان حيا كان أم ميتا يجب عدم التصرف فيه . فهو خارج أى استيلاء . اللهم إلا إذا سمح بالمساس قانونا . أو صدر رضا بالتصرف من انسان تعتبر إرادته حرة تماما . وأيا كانت الامتيازات التى يجب منحها للعلم من أجل تقدمه وفائدته للبشرية لايجب الإخلال بمبدأ حرمة الجسم وقدسيته^(١٦٧) .

تعقيب :

هذا المبدأ وإن كان يحابى قدسية وحرمة الجسم البشرى . وكذلك مراعاته الضرورات الإنسانية للأسرة إلا أنه يؤخذ عليه ثلاثة مسالب .

أولا : أن الهدف من إباحة التصرف فى الجثة هو الحصول على قطع الغيار البشرية ونقلها فى حالة طيبة لكى تتلائم مع جسم المريض الذى تنقل إليه فى سبيل إنقائه من الموت الأكبر . فانتظار الحصول على موافقة الأقارب الكتابية . والتى قد يستحيل الحصول عليها فى كثير من

الأحوال . لأن الغالب الأعم أن يتوفى الشخص بعيدا عن أهله وذويه أو يكون ضحية حادث من حوادث السيارات . فيه ضياع للوقت ويجعل الجزء المنعقد العزم على استئصال أن يصبح غير صالح لعملية زرعته فى جسم المريض .

ثانيا :- أنه ليس من العطف والمشاعر الإنسانية أن يطلب من الأقارب فى لحظة الوفاة الموافقة على التصرف فى الجثة . إذ أن هذا الطلب فيه إثارة للمشاعر وهم فى وقت يحتاجون إلى السكينة . وعدم إثارة الأحزان .

ثالثا : القول بالحصول على الموافقة المسبقة من الأقارب قبل الوفاة يعتبر من قبيل المشاركة فى حقوق الشخص وهذا غير جائز . إذ أن هؤلاء الأقارب يخلفون المتوفى فى المحافظة على كرامة الجثة منذ لحظة انقضاء الحق الذى كان للمتوفى على جسده .

ونرى تحقيقا من غلواء هذا الاتجاه وحتى يمكن تفادى هذه المسالب أنه يمكن الحصول على هذه الموافقة هاتفيا^(١٦٨) . حرصا على عدم

ضياح الوقت اللازم للحصول على الموافقة الكتابية من الأقارب .

الاتجاه الثانى : الموافقة المفترضة .

يرى أنصار هذا الاتجاه أن رضاء^(١٦٩) الأقارب مفترض مالم يعترض أى منهم . فيقيم هؤلاء قرينة بالرضاء المفترض لمصلحة الطبيب لكى يمكن الاستئصال للجزء من جثة المتوفى ولكن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس . ويؤسس أنصار هذا الاتجاه افتراض الموافقة إلى تعذر العثور على الأقارب وقت الوفاة فينتقل الحق فى الأذن بالمساس بالجثة إلى الطبيب باعتباره ممثلاً للجماعة .

ولا يجوز للطبيب هذا المساس سرا من وراء الأقارب . إذ عمله هذا يعتبر من ضروب خيانة الأمانة التى يضعها المرضى فى الأطباء ويحدث أزمة ثقة خطيرة بين الطبيب وعائلة المريض .

ففى الأحوال التى يكون فيها المريض فى حالة غيبوبة طويلة وحيث يبدأ الأطباء فى مواجهة احتمال عملية استئصال لأن المخ على وشك الموت فإنه من المستحب أن

تخطر الأسرة بذلك وبعزم الأطباء على القيام بعملية الاستئصال . ولكن لا يجب أن ينتظر الأطباء حتى وصول الموافقة . فالإخطار وعدم الرد فى وقت مناسب من الوفاة يعتبر بمثابة عدم اعتراض يخول الأطباء الحق بالبدء فى الاستئصال . ويمكن القول إذن أن الأصل هو حرية المساس بالجثة واستئصال الأجزاء اللازمة لنقلها إلى المريض والاستثناء اعتراض الأقارب . ويجب أن يوضح الأمر للرأى العام بأن قرينة الرضاء المفترض للاستئصال تتعلق بضرورات التضامن الإنسانى والمصالح الإنسانية وليس من شأنها تعريض جثة الإنسان للامتهان . ويرجح أنصار هذا الرأى بأن الأساس القانونى^(١٧٠) لمنح الأطباء هذا الحق . هو أن من يطلب العلاج فى مستشفى يقبل فى نفس الوقت الخضوع للقواعد المعمول بها لإدارة وعمل المستشفى بما فى ذلك قبول التسهيلات المعطاة للأطباء لتسهيل أبحاثهم العلمية . وهذا القبول المفترض يقع على عاتق مرضى المستشفيات من أجل المصلحة العامة . فهذا الاتجاه يؤيد السماح للطبيب

باستئصال أجزاء من جثة المتوفى فور الوفاة متى كان هناك مصلحة طبية . كمريض يحتاج إلى كلى أو مريض يحتاج إلى قلب أو إلى غير ذلك : وكانت هناك مصلحة علمية . كأن يكون القلب به مرض ومن المصلحة القيام بأبحاث على هذا الجزء من الجثة مادام لم يصله اعتراض قبل البدء فى القيام بهذه العملية .

إلا أن المحاكم الفرنسية اختلفت حول شكل الاعتراض^(١٧١) . فىرى البعض منها أنه يمكن أن يكون بأى وسيلة ممكنة كتابة أو شفويا^(١٧٢) . فى حين يرى البعض الآخر ضرورة أن يكون الاعتراض كتابيا^(١٧٣) .

ولذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أنه يحقق نوعا من التوازن بين المصلحة العلمية وبين مصلحة الأقارب . فالطبيب يستطيع أن يقوم باستئصال الأعضاء اللازمة دون انتظار وفى نفس الوقت تراعى مصلحة الأسرة بالسماح لها بالاعتراض على الاستئصال قبل القيام به^(١٧٤) .

والقانون السويدي يضع قاعدة مؤداها السماح باستئصال أجزاء من جثة الميت ولكنه لا يشترط الحصول مسبقاً على موافقة الشخص أو الأقارب . وإنما يخطر المساس بالجثة إذا اعترض المتوفى قبل الوفاة أو اعترض أحد أقاربه . فهناك قرينة مؤداها افتراض موافقة الشخص قبل الوفاة وموافقة أسرته . ولكن هذه القرينة تقبل إثبات العكس عن طريق الاعتراض . كما لا يسمح بالاستئصال إذا كان ذلك يتعارض مع مبادئ المتوفى أو أقاربه أو إذا كان الاستئصال من شأنه أن يعوق النتائج التي قد يتوصل إليها تشريح الجثة إذا كان هناك ضرورة لذلك (١٧٥) .

تعقيب على الاتجاه الثانى :-

لاشك أن هذا الإتجاه يثير كثيراً من الصعوبات البالغة للطبيب والأقارب وحتى للمتوفى فى ذاتها فأما عن الصعوبة بالنسبة للطبيب . فإنه يكون فى مركز خطير قد يتعرض فيه للمسئولية الجنائية والمدنية إذا أثبت الأقارب أنهم اعترضوا على المساس بجثة المتوفى وأن الطبيب لم يعبأ

بهذا الاعتراض وقام بتمزيق جثة المتوفى . ولذلك نجد أن معظم الأطباء فى فرنسا تفادياً لدعاوى المسئولية الطبية يحرصون على الحصول على الرضا الصريح للأقارب (١٧٦) .

وأما عن الصعوبة بالنسبة للأقارب فإن هذا الاتجاه لا يوفر لهم حماية فعالة . خصوصاً إذا ما علمنا أن القضاء الفرنسى يقرر (١٧٧) أن استئصال جزء من جثة المتوفى دون طلب مسبق من الأقارب لا يعتبر من قبيل الخطأ الذى يعقد المسئولية لجهة الإدارة . فالطبيب لا يلتزم بالحصول على الموافقة المسبقة فعلى الأسرة أن تعلم وتعارض بوسائلها الخاصة ويصل الاعتراض قبل المساس بالجثة إلا أن هذا القضاء يعطى هؤلاء الأقارب الحق فى التعويض عن الضرر الألبى أو الصدمة النفسية التى تصيب الأقارب من رؤية الجثة فى حالة ممزقه دون أدنى ضمانات .

وأما عن الصعوبة الثالثة بالنسبة للمستشفى فى ذاتها . فإن خشية المساس بالجثة بعد الوفاة دون تمكن الأقارب من

الاعتراض قد تجعل الأشخاص يحجمون عن دخول المستشفيات وهو ما يعود على المستشفى بالخسارة فى الربح المادى وتقليل الفرص أمام اعطاء هذه المستشفيات فى الحصول على منافع علمية من الأبحاث التى قد تجرى على هذه الجثث . كما أن المستشفى قد تتكبد الكثير من المصاريف والأعباء المالية إذا ما ثبت مسئولية الطبيب الذى يعمل لديها بالرجوع عليه بالتعويض باعتبارها مسئولة عن أعمال التابع . وهى مسئولية قانونية أساسها الضمان القانونى .

ويقترح الفقه الفرنسى تفادياً لهذه الصعوبات . ضرورة ملء المريض أو أقاربه لاستمارة توضح عند دخوله المستشفى ما إذا كان يقبل الاستئصال من جثته أم لا فى حالة الوفاة ويكون للمريض والأقارب مطلق الحرية (١٧٨) فى قبول الاستئصال من عدمه .

ولكن هذا الاقتراح فى غير محله وذلك لأن المريض عند دخوله المستشفى يأمل فى الشفاء . وكذلك الأقارب فلا يتصور من الناحية الواقعية

والعملية أن، في هذه
الأسباب،
أو
عد
القبه
معور
والذي : الذهب
نستقيم معها القول بأن
التصحيح دائما يكون
موسوبا ولا يمكن التعديل
ثما أن موافقة الأقارب
لدخول بالمريض إلى
مستشفى هي موافقة سابقة
بلى لحظة الوفاة سابقة على
نشوء حقهم في حفظ الجثة
وعدم المساس بها وصيانتها .
ويبقى لهذا الاقتراح وجاهته
في حالة واحدة فقط وهي إذا
المريض في حالة غيبوبة

ويمكن بعد هذا العرض
السالف بيانه لمشروعية
التصرف في أعضاء الجسد
الأدمى وإزاء هذه الصعوبات
التي تكثف البحث في هذا
الموضوع بين مجيز لها وبين
رافض لتلك الفكرة فإننا نرى
علاجاً لهذا الوضع وتحقيقاً
لمسيرة التقدم العلمى الطبى
بدلاً من إجازة التبرع أو
التصرف في جسم الانسان

الحج الثاثة أو القاصر أن ننشأ
ما يسمى :
البشرية . ولم يصق لفظ
لقطع الغيار البشرية حتى لا
الانحد
الأعضاء إد أرو

التجارية وإذا كنا نقترح أن
ننشأ هذا المجمع لقطع الغيار
البشرية ماهو التصور الواقعى
لهذا المجمع لقطع الغيار
البشرية . أى ماهى المصادر
التي يمكن الاعتماد عليها فى
تحويل هذا المجمع وماهى
طريقة إدارته . والمتعاملين
معه . ثم ماهى الضرورة التى
تقتضى انشاء مثل هذا المجمع
البشرى .

أح بإنشاء مجمع قطع الغيار البشرية

تمهيد : بادىء ذى بدء
نشير إلى أن هذا الاقتراح لم
يأت من فراغ دائما يجد سنده
التشريعى فى نص القانون
الوضعى رقم ١٠٣ لسنة
١٩٦٢ الخاص ببنك العيون
والذى جعل مصادر هذا البنك
من عيون الأشخاص المحكوم
عليهم بالإعدام . والجثث
المجهولة الشخصية . وقتلى
الحوادث . وكذلك القانون
٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ فى شأن

تنظيم السجون الذى ينظم
نسلیم الجثث الخاصة
المستتر . الذين يتوفون فى
السجن ولم
بسلامها خلال سب
إخطارهم بإبداع
مكان، إلى

لحفظ الجثث إلى إحدى
الجهات الجامعية وتعتقد أنه
عن طريق امتداد أحكام هذه
القوانين إلى جميع عمليات
استئصال الأعضاء البشرية
يكون من الضرورة التى
تواكب التقدم الطبى الهائل
الذى حدث فى مجال نقل
وزراعة الأعضاء الأدمية
وتأكيداً على ضرورات
التضامن الإنسانى وتخفيف
النفع العام للمجتمع . وبعد هذا
التمهيد فما هى المصادر التى
يمكن أن تكون مورداً لهذا
المجمع البشرى .

«مصادر مجمع قطع الغيار البشرية» .

رأينا فيما سبق أن المشرع
الوضعى أجاز فى القانون
١٠٣ لسنة ١٩٦٢ فى شأن
بنك العيون أن يكون من بين
مصادرة عيون الأشخاص
الذين يقتلون فى الحوادث .
وعيون الأشخاص من الذين
تشرح جثثهم . وكذلك

المحكوم عليهم بتنفيذ عقوبة الاعدام . ويمكن مد نطاق هذا المصدر إلى باقى أعضاء الجسم البشرى وذلك لتوافر ذات العلة . فالعلة تدور مع المعلول وجودا وعدمها فلنعرض لكل منها على حدة :-

(أ) المصدر الأول : جثث قتلى الحوادث الذين تشرح جثثهم :-

لما كان المشرع فى القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ أجاز الحصول على العين من الأشخاص القتلى الذين تشرح جثثهم . فطالما أن الجثة ستشرح فإنه لا مانع من أن يحصل الطبيب القائم بالتشريح على الأجزاء التى قد تصلح من هذه الجثة كالقلب أو الرئتين أو الكليتين أو البنكرياس تناسبا على اجازة الحصول على العيون وذلك دون موافقة أحد ويتم تحليل هذه الأجزاء البشرية التى تم استئصالها ومعرفة نوع الأنسجة أو الخلايا ويتم حفظها فى مادة حافظة ووضعها فى ثلاث المدة التى يمكن أن تبقى خلالها هذه الأنسجة أو الخلايا فى حالة تصلح لزرعها فى جسم مريض يحتاج إليها .

وننوه إلى أن الجثث التى تشرح فقط هى التى يمكن أن تكون مصدرا لهذا المجمع لقطع الغيار البشرية . ويخرج من عداد تلك الجثث الخاصة بالموتى الطبيعيين وقتلى الحوادث الذين لم يصدر أمرا بتشريح جثثهم . والعلة فى ذلك أن هذه الجثث لها حرمة وقدسية ولا يجب المساس بها واستئصال أجزاء منها دون موافقة أقارب المتوفى . فيجب أن تقدر العلة بقدرها . ولعلنا نتساءل عن إباحة المساس بجثث المتوفين الذين تشرح جثثهم دون موافقة الأقارب . وتقرر أن سبب المساس دون الحصول على موافقة الأقارب هو أن الجثة ستشرح ويتم فحصها للتأكد من سبب الوفاة فلا تتأذى الأقارب من هذا التشريح بل يهمهم وبالدرجة الأولى الوقوف على سبب الوفاة .

(ب) المصدر الثانى : جثث الموتى مجهولى الشخصية .

يقصد بالموتى مجهولى الشخصية هؤلاء الذين يموتون ولا يعرف لهم نوى . كموتى حوادث الطريق أو المرور أو مشوهى الخروب^(١٧٩) أو

المحكوم عليهم بعقوبة مقيدة للحرية وتم ايداعهم مكان حفظ الجثة ولم يحضر نويهم لاستلامها خلال سبعة أيام من تاريخ الايداع^(١٨٠) وكذلك المنفذ عليهم حكم الاعدام الذين لم يحضر نويهم لاستلام جثثهم . وقد اعترض البعض على هذا المصدر بمقولة^(١٨١) أن المساس بجثث هؤلاء يستتبع استحالة التصرف على الجثث وخصوصا فى قتلى الطريق العام الذين لا يحملون اثبات شخصية أو المتبحرين . وقد يموت الشخص بشبهة جنائية ويقوم غريمه بتسليم جثته على أنه مجهول الشخصية ويقوم الطبيب باستئصال أجزاء منها يؤدى إلى ضياع معالم الجريمة أو سبب الوفاة . ولكن هذا القول مردود عليه بأنه إزاء التقدم العلمى الحديث فى مجال البحث والتحقيق الجنائى فى اكتشاف الجريمة والتعرف على الجناة . فإن هذا الاعتراض يكون فى غير محله . كما أن هذا الامر أصبح فى تلك الآونة من هذا القرن نادرا .

فيمكن استئصال أجزاء تصلح من هذه الجثث إذا كانت سليمة وتحلل أنسجتها والخلايا

فيها ومعرفة درجة التتاماها وحفظها في مادة حافظة كالفورمالين أو في ثلاجات حفظ مدة معينة مما يمكن معه أن تصلح لنقلها إلى شخص مريض يحتاج إليها .

(ج) المصدر الثالث : جثث الأشخاص المنفذ عليهم أحكام الإعدام .

المقصود بهذا المصدر جثى يزول كل لبس في هذا المجال أننا نقصد به جثث الأشخاص الذين تم تنفيذ عقوبة الإعدام بهم فعلا وليس المحكوم عليهم بالإعدام . فهو لاء ينتقل حق التصرف في جثثهم للسلطة العامة . فإذا كان الشخص المنفذ عليه حكم الإعدام قد أحدث ضررا بالمحيط الاجتماعى . فيجب على الأقل أن يستفاد منه ما يصلح بعض الشيء في هذا المحيط الكائن بالمجتمع وذلك بتغيير بعض أخطائه عن أن تصرح الدولة باستئصال ما يكون سليما في جثته كمصدر لهذا المجتمع البشرى . كل ذلك تحقيقا لقرارات النفع العام وقد اعترض البعض بشدة على هذا المصدر بمقوله أنه لا يمكن المساس بجثة المحكوم عليه بالإعدام دون إرادته .

فهو لا يجوز له أن يتصرف حتى بالوصية في بعض أو كل جثته لأن هذا الشخص محكوم عليه بعقوبة جنائية ويمنع طبقا للمادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى من إدارة أشغاله الخاصة وأمواله وأملكه فهو من باب أولى لا يجوز له أن يتصرف في جسمه (١٨٢) .

إلا أنه يمكن دحض هذه الحجة بأننا نقصد الحصول على قطع الغيار البشرية من الأشخاص في المنفذ عليهم بالفعل عقوبة الإعدام وليس المحكوم عليهم بالإعدام المنتظرين التنفيذ لأنه ربما تظهر أدلة جديدة ويعاد التحقيق فيما بعد . كما أن المادة ٢٥ من قانون العقوبات المصرى تمنع المحكوم عليهم من إدارة الأموال فهي خاصة بالولاية على المال أما التصرف في الجسم فهو في نطاق الولاية على النفس . ولقد مر القانون المصرى بتطور هام فى مجال الحصول على عيون المحكوم عليهم بالإعدام والذي يمكن معه مد نطاقه إلى باقى أجزاء الجسم لاتحاد العلة بالدولة تحصل على عيون الموتى دون حاجة للحصول على

موافقة الأقارب ولكن من الأشخاص الذين نفذ فيهم حكم الإعدام . فهي تعتبر الجثة وكأنها تم مصادرتها للمصلحة العامة وتستطيع التصرف فيها فى الحدود المسموح بها قانونا (١٨٣) . ونعتقد أن امتداد أحكام ذلك القانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ إلى سائر أعضاء الجسم الأخرى من شأنه أن يؤدى إلى امكان الحصول على جميع الأعضاء اللازمة .

فبعد تنفيذ الاعدام مباشرة يمكن استئصال القلب أو الرئتين أو الكبد أو البنكرياس أو أى عضو آخر يكون فى حالة سليمة تصلح لنقله إلى انسان آخر حى مريض وذلك على ألا يخل ذلك الاستئصال بتنفيذ عقوبة الاعدام كما هى طبقا لقانون الاجراءات الجنائية (١٨٤) فلا يجوز أن يتم فى غرفة العمليات من أجل الحصول على القلب أو الكليتين مثلا وبهذا يمكن تفادى المساس بجسم الانسان الحى سواء كان بالغاً أم قاصراً ووضع عقبات بل وسد الطرق أمام من تسول له نفسه فى بيع جزء من جسده من أجل حفنة قليلة من المال فالجسم البشرى أسمى من أن يقوم بمال . فله قدسية مطلقة .

«إدارة مجمع قطع الغيار البشرية» .

لما كان التقدم الطبي الذي حدث في مجال زرع الأعضاء البشرية قد أوجب على رجل القانون أن يحدد له الطريق الصحيح لمباشرة هذا النوع من العمليات . وحتى لا نترك المجال مفتوحاً أما شهوة الأطباء في استئصال وزرع الأعضاء فإننا نقترح أن يكون هذا المجمع ليس في مركز رئيسي واحد حتى يمكن أن يتاح الفرصة لكافة أنحاء الجمهورية بالانتفاع من مصادر هذا المجمع . دائماً يكون هناك مجمع لقطع الغيار البشرية يلحق بكل مستشفى عام في دائرة المحافظة أو مستشفى تعليمي . ويخصص لإجراء مثل هذه العمليات أطباء متخصصون يدرّبون على هذا النوع من عمليات استئصال وزرع الأعضاء يكون مشهوداً لهم بالأمانة الخالصة . والكفاءة العلمية العالية حتى لا نكون بصدد إنشاء حقل لتجارب علمية وإنما يكون هؤلاء الكوادر الفنية الطبية يبيغون من وراء هذا الهدف تحقيق النفع العام الاجتماعي . ويكون الاشراف

الإداري والفني على هذا المجمع لمدير المستشفى التعليمي أو العام ويجوز لهؤلاء الاستعانة بالأطباء الشرعيين من مصلحة الصب الشرعي لطلب المشورة الفنية منهم في كل ما يعن لهم من أمور قد لا تكون واضحة في خصوص استئصال أجزاء من الجثة وتقدير مدى صلاحيتها من عدمه وكذلك الاستعانة بأطباء متخصصين في التحاليل البيولوجية حاصلين على إجازة تخصص في هذا المجال وذلك لمعرفة أنواع الخلايا والأنسجة ودرجة التئامها وتلاحمها . ويدون كل هذه البيانات في سجل خاص بذلك أو يغزى جهاز الكمبيوتر بدرجة تلاحم الأنسجة وربطها بشبكة متناسقة . وذلك حتى يمكن الاستفادة من هذه الأجزاء مدة حفظها سليمة .

«المتعاملون مع المجمع وطريقة التصرف في هذه الأعضاء» .

نقرأ كثيراً في الصحف اليومية أن أشخاصاً كثيرين يحتاجون إلى نقل كلية أو قلب أو بنكرياس أو كبد .

فالمتعاملون مع هذا المجمع

هم المرضى الذين يعانون من تلف بعض القطع البشرية وفي استبدالهم ببديل لها ما يجلب لهم الشفاء . فنرى أن الأشخاص الذين لا يجدى مهم العلاج لهذه القطع البشرية أو الميئوس من شفائهم فيها هم الذين يستحقون الحصول على البديل من هذا المجمع .

ولكن يثور التساؤل كيف يمكن صرف هذه القطع وخصوصاً إذا تنازع عليها عدة مرضى يحتاجون إلى القلب مثلاً أو عدة مرضى يحتاجون إلى كلية . ولا يوجد في هذا المجمع سوى جزء واحد فقط .

لما كان البشر يتساوون جميعاً في الحقوق الإنسانية فلا يفضل الغنى على الفقير ولا يقدم العالم على الجاهل . ولا ذوى الحالة السيئة على الأقل سوءاً . وإنما الحل في رأينا حسب أولوية التقدم بالطلب للحصول على هذا الجزء . فيجب أن يخصص سجل لهذه الطلبات يوضح بها دخول المريض واحتياجه لهذا الجزء ويحدد الجزء بالتفصيل بطريقة لا يكون فيها لبس أو غموض فإذا كانت أنسجته وخلاياه تتلائم معه أخذاً

بالمعلومات الفنية التي تستخدم منه الحسابات الآلية فإن هذا الشخص هو الأولي بهذا الجزء وإذا كان العكس فالذي يحل بدوره هو صاحب الطلب الذي يليه ونرى أن هذا حلاً عادلاً ويتفق مع المنطق وضرورات التضام بين الإنساني . وفي نهاية الأمر تزيد الأمور إيضاحاً . من أن إعطاء هذه الأعضاء للمرضى الذين يحتاجون إليها على سبيل التبرع ولا يدفع المريض أى مقابل في سبيل الحصول على هذه الأجزاء البشرية . إيماناً من السلطة العامة بأن تلتزم بتوفير الرعاية الطبية الكاملة لجميع مواطني الدولة ومنها هذه الرعاية إذ هي تفوق في أهميتها عملية الطب الوقائي .

الفصل الثاني

مشروعية التصرف في جسد الآدمي في الفقه الإسلامي

تمهيد :-

إن العصر الحديث يشهد حلقة من حلقات الصراع بين العلم المادي والبحث النابغ من حضارة الغرب . وبين ضوابط التشريع الإسلامي النابعة أصلاً من الوحي الإلهي

الذي لا يأنيه الباطل من بين يديه . ولا من خلفه . وقد بدأ هذا الصراع لدى الأطباء الأوربيين مع الأمراض المستعصية فلقد استعمل هؤلاء الأطباء الأجانب وسائل نرى في البعض منها تحدياً للطبيعة التي فطر الله الإنسان عليها . وهذا بطبيعة الحال يصطدم بضوابط التشريع الإسلامي . كما هو الحال في استعمال وسائل التدليك الصناعي لإعادة الحياة إلى القلب الذي يتوقف . واستخدام الصدمات الكهربائية في تحريك الدورة الدموية . وزراعة بعض الأجزاء الأدمية في جسم الإنسان . سواء كان هذا تبرعاً من الشخص السليم أو بيعاً وهذا الأخير هو مجال البحث .

وهذا يؤكد لنا أن العلم المادي النابع من الحضارات الغربية لا يكفي وحده للاستمرار في إضفاء المشروعية على التصرف في أعضاء الجسم الآدمي . بل لابد من ضوابط شرعية حتى يكون العمل الطبي محققاً للسعادة البشرية فالعلم والدين لا يختلفان ولا يفترقان . بل إن الإسلام حث على الأبحاث الكونية حتى يمكن بتلك الأبحاث أن

نستجلب رحمة الله بأثارها الطبية خدمة للإنسانية وراحة لها . ولذلك يتعين وضع قيود على ممارسة بعض الاكتشافات الحديثة خاصة تلك التي تتعلق مباشرة بجسم الإنسان . بل يجب على الأطباء المسلمين أن يضعوا نصب أعينهم هذه الآية الكريمة التي جمعت فأوعت «والله خلقكم من تراب ثم من نطفة ثم جعلكم أزواجاً وما تحمل من أنثى ولا تضع إلا بعلمه وما يعمر من معمر ولا ينقص من عمره إلا في كتاب إن ذلك على الله يسير» (١٨٥) وذلك لأن العلم المادي وحده لا يدرك الآثار البعيدة للعمل الطبي في هذا المجال . أما الشرع الحنيف قد جاء من لدن حكيم خبير . وراعى فيه الله سبحانه وتعالى مصالح العباد في آجلهم وعاجلهم . وقد قال تعالى مصداقاً لذلك . «ويخلق ما لا تعلمون» (١٨٦) وقوله جل شأنه في آية أخرى . «وما أوتيتم من العلم إلا قليلاً» (١٨٧) .

ولذلك نقسم البحث في هذا الفصل إلى مبحثين .

المبحث الأول

الحماية الشرعية لجسد
الآدمي في التشريع الإسلامي

المبحث الثاني

مدى سلطة الإنسان على
جسده في التشريع الإسلامي

المبحث الأول

الحماية الشرعية لجسد
الآدمي في التشريع الإسلامي

تمهيد : مما لا شك فيه أن
الله سبحانه وتعالى كرم
الإنسان وبالغ في هذا التكريم
فقد خلقه من طين ثم نفخ فيه
من روحه وجعله بشرا سويا .
وليعلم الإنسان أن الجسد من
لقى كل هذا التكريم وخفف عن
عن كاهله بكثرة التخفيفات .
لأن الجسد ليس ملكا له وإنما
ملكيته إلى الله وحده الذي خلقه
بيده وكرمه وأسبغ عليه نعمته
الظاهرة والباطنة . ولذلك لابد
من التعرض لمظاهر هذه
الحماية ببيان صور هذا
التكريم . ثم بيان حرمة
الآدمي وصيانتة عن الابتذال
في مطلبين هما :-

المطلب الأول : مظاهر

تكريم الآدمي

المطلب الثاني : حرمة
الآدمي وصيانتة

المطلب الأول : مظاهر

تكريم الآدمي

سبق أن ذكرنا أن الله
سبحانه وتعالى كرم الإنسان
ووسع في مظاهر التكريم لهذا
المخلوق الذي نسبه إليه بقوله
تعالى «يسألونك عن الروح قل
الروح من أمر ربي» ولذلك
فقد بات لزاما علينا في تأصيل
هذه المظاهر . أن نستعرض
هذه المظاهر في التشريع
الإسلامي الحنيف .

فلنبدا بالمظهر العام
للتكريم :-

لما كان الكرم صفة من
صفات الله تعالى بل هي اسم
من أسماء الله تعالى «الكريم»
فإنه يقصد بالكريم هنا الجامع
لأنواع الخير والشرف
والفضائل^(١٨٨) فلقد عنى
الكتاب الكريم والسنة النبوية
المطهرة بتكريم الإنسان عناية
منقطعة النظير سواء في حياته
أو بعد مماته ومن ثم تثبت له
هذه الحرمة . فيقول سبحانه
وتعالى «ولقد كرمنا بني آدم
وحملناهم في البر والبحر

ورزقناهم من الطيبات .
وفضلناهم على كثير ممن
خلقنا تفضيلاً»^(١٨٩) .

وهذا التكريم يدخل فيه
الأبداع الخلقى على هذه الهيئة
في امتداد القامة وحسن
الصورة . وحمل الإنسان في
البر والبحر . وخلق الله
سبحانه وتعالى العقل والإرادة
والقصد والتدبير له فقط . بل
خص الله الآدمي بالملذات في
الطعام والشراب والملبس . ثم
كان من فضل العلي القدير
على الآدمي أيضا أن كرمه
بالنطق والتمييز بين الأشياء
وخاطبه ربه بمقتضى ما خلق
من عقل وهو مناط التكليف
وبه يعرف الله سبحانه وتعالى
 ويفهم كلامه . وفضل الله
الآدمي على كثير من خلقه
بالغلبة والاستيلاء والثواب
والجزاء والحفظ والتمييز
وإصابة الفراسة^(١٩٠) فقد ورد
في تفسير ابن كثير رحمه
الله : فقد استدل على أفضلية
جنس البشر على جنس
الملائكة . قال عبد الرزاق
أخبرنا معمر عن زيد بن أسلم
قال : قالت الملائكة ياربنا إنك
أعطيت بني آدم الدنيا يأكلون
منها ويتنعمون ولم تعطنا ذلك
فأعطنا الآخرة فقال الله

تعالى : «وعزتي وجلالي
لأجعل صالح ذرية من خلقت
بيدي كمن قلت له كن
فكان» (١٩١) وقد ذكر بعض
المفسرين أن الآية الكريمة
أفادت التكريم والتفضيل ومن
ثم كان لابد للفرق بينهما لئلا
يلزم التكرار فقال العلماء
والأقرب في ذلك أن يقال : إنه
تعالى فضل الأدمي على
سائر الحيوانات بأمور
خلقية طبيعية ذاتية مثل: العقل
والنطق والخط والصورة
الحسنة والقامة المدبدة وهذا
هو التكريم . أما التفضيل فهو
أنه عز وجل عرضه بواسطة
العقل والفهم لاكتساب العقائد
الخفة والأخلاق الفاضلة .
وقال بعض العلماء
المعاصرين : لقد كرم الله
سبحانه وتعالى الإنسان بهذه
الفطرة التي تجمع بين الطين
والنفخة فتجمع بين الأرض
والسماء في ذلك الكيان .
وكرمه بالاستعدادات التي
أودعها فطرته والتي استأهل
بها الخلافة في الأرض يغير
فيها ويبدل وينتج فيها .
وينشئ ويركب فيها ويحلل
ويبلغ بها الكمال المقدر
للحياة . وكرمه كذلك بتسخير
القوى الكونية له في الأرض
وإمداده بعون القوى الكونية

في الكواكب والأفلاك .
وكرمه سبحانه وتعالى بهذا
الاستقبال الضخم الذي استقبله
به الوجود وبذلك الموكب الذي
تسجد فيه الملائكة ويعلن فيه
الخلق جل شأنه تكريم هذا
الإنسان (١٩٢) .

ومن التكريم أن يكون
الإنسان قيما على نفسه متحملا
تبعة إتجاهه وعمله . فهذه
الصفة الأولى التي كان بها
الإنسان إنسانا . وحرية
الاتجاه . وفردية التبعة وبها
استخلف في دار العمل . فمن
العدل أن يلقي جزاء اتجاهه
وثمرة عمله في دار
الحساب (١٩٣) .

مظاهر التكريم الخاص :-

لقد كرم العلي القدير في
كتابه الحنيف الذي لا يأتيه
الباطل من بين يديه أو من
خلفه بنى آدم في مواضع
عديدة هي :-

أولاً : حسن الصورة :

لما أراد الله أن يخلق هذا
المخلوق ليكون خليفة في
الأرض يعمرها ويستثمرها
وينتج فيها ويسيطر على
ثرواتها وخيراتها . جاء به
على أحسن صورة وغاية في

الابداع . وسوف نذكر تباعا
قول الحق جل وعلى في آيات
الذكر الحكيم :-

قوله تعالى : (يا أيها الإنسان
ما غرك بربك الكريم الذي
خلقك فسواك فعدلك في أي
صورة ما شاء ركبك) (١٩٤) .

وقوله أيضا : (لقد خلقنا
الإنسان فـى أحسن
تقويم) (١٩٥) . وقوله تبارك
وتعالى : (قل هو الذي أنشأكم
وجعل لكم السمع والأبصار
والأفئدة قليلا ما
تشكرون) (١٩٦) . يبين من
مطالعة هذه الآيات الكريمة
جلاء واحتراف الله تعالى بهذا
الخلق الكريم الذي أودع فيه
أدق أسرارہ ونسبه إلى نفسه .
تلك الروح ذلك الجسم اللطيف
السامي الذي لا يرى والذي
قال الله عنه : «يسألونك
عن الروح قل الروح من أمر
ربي وما أوتيتم من العلم إلا
قليلا) (١٩٧) .

ولما كان حسن الصورة
هي أولى مظاهر هذا التكريم
الخاص . من ثم فإنه لهذا
المظهر أولوية في القاء
الضوء على ماجاء بآيات
الذكر الحكيم . كي تتضح
الصورة أمام القارئ الكريم .

أن الانسان بحسن صورته .
 ماجاء بقوله تعالى : «الذى
 خلقك فسواك فعدلك فى أى
 صورة ما شاء ركبك» فيجدر
 بنا فى هذا المقام معنى التسوية
 وهو أنه سبحانه وتعالى عدل
 خلقه سوى شكله بأن جعله
 مستوى القامة جميل
 الصورة . وناسب بين أعضائه
 على ما ينبغي . ثم نفخ فيه من
 روحه فجعله حيا حاسا بعد أن
 كان جمادا . ثم يلتفت القرآن
 من الغيبة إلى الخطاب لينبهنا
 لما كرّمنا الله تعالى به فيقول :
 (وجعل لكم السمع والأبصار
 والأفئدة) فهذه الحواس جاءت
 من تلك النفخة من روح الله
 التى جعلت من هذا الكائن
 العضوى إنسانا ذا سمع وذا
 بصر وذا ادراك إنسانى مميز
 عن سائر الكائنات العضوية
 الحيوانية تكميلا لتسوية الخلق
 وتكميلا للنعمة عليهم^(١٩٨) .

ومع كل هذا الفيض من
 الفضل الذى يجعل من الماء
 المهين ذلك الانسان الكريم .
 هذا الفضل الذى أودع تلك
 الخلية الصغيرة الضعيفة كل
 هذا الرصيد من القدرة على
 التكاثر والنماء والتطور
 والتحول . ثم أودعها كل تلك
 الخصائص والاستعدادات التى

تجعل من الإنسان إنسانا . مع
 كل هذا فإن الناس لا يشكرون
 إلا القليل منهم فى القليل من
 الأشياء^(١٩٩) .

وفى الآية الكريمة . (ياأيها
 الانسان ما غرك بربك
 الكريم .. الخ الآيات) خطاب
 يهز المشاعر ويوقظ
 الادراك . إذ يناديه الله بأكرم
 ما فيه وهو الانسانية التى تميز
 بها عن سائر الأحياء وارتفع
 إلى أكرم مكان وتجلّى فيها
 إكرام الله له ويعاتبه على
 تقصيره وإهماله بهذا العتاب
 الجليل (ماغرك بربك الكريم)
 ويذكره فيه بفضله عليه
 فيقول : (الذى خلقك فسواك
 فعدلك فى أى صورة ما شاء
 ركبك) . هذا السياق القرآنى
 الكريم يدل على مدى الكرم
 الإلهى له على هذه الصورة
 الجميلة السوية المعتدلة الكاملة
 الشكل والوظيفة أمر يستحق
 التدبر الطويل والشكر العميق
 لصاحب الفضل الذى اختار له
 هذه الصورة السوية المعتدلة
 التى تبدو فى تكوينه
 الجسمى . وتكوينه العقلى
 والروحى فى تناسق واستواء
 فى هذا الكيان المكرم .

وقد علق بعض
 العلماء^(٢٠٠) بالقول : هذا

خطاب للكفار . وقال بعضهم
 المراد بالإنسان ما يشمل الكافر
 والمؤمن والعاصى . وأن
 المعنى . ما الذى غرك
 وخذعك حتى كفرت بربك
 الكريم . هذا يشمل كفر
 النعمة . ذلك الإله الذى تفضل
 عليك فى الدنيا بإكمال خلقك .
 وحواسك وجعلك عاقلا فاهما
 وأنعم عليك بنعم لا تقدر على
 جحد شيء منها^(٢٠١) .

أما التسوية فى الخلق فقد
 علمتها وهى تشمل كل شيء
 فى الإنسان من حسن الصورة
 واعتدال القامة وثنق السمع
 والبصر والفؤاد وما إلى ذلك
 وصدق الله تعالى عندما قال
 فى كتابه الكريم . (وإن تعدوا
 نعمة الله لا تحصوها)^(٢٠٢) .

ثانيا : التكريم بالاستخلاف
 فى الأرض :

يقصد بالاستخلاف أن يحل
 شخص مكان آخر . فقال أهل
 اللغة^(٢٠٣) : استخلف فلان
 فلانا أى جعله مكانه . وقد
 ورد فى قوله تعالى : (وقال
 موسى لأخيه هارون اخلفنى فى
 قومي)^(٢٠٤) .

وإذا كانت اللغة شهدت
 بذلك فهنا تظهر أهمية قضية
 الاستخلاف للإنسان نظراً

لأنها تنطوي على مسئوليات خطيرة وأهداف جلية . فهل كان أحد قبل بنى آدم يعيش في الأرض ؟

لقد أجاب كبار العلماء (٢٠٥) بأنه كان قبله من الملائكة في الأرض أو من كان قبله من غير الملائكة . والمراد الملائكة الجن حيث كنوا قبل بنى آدم في الأرض وأفسدوا فيها إفسادا عظيما . وهذا معنى قول الملائكة لله عندما أخبرهم بخلقه بشرا من طين قالوا (أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء) ؟

وأصل هذا الاستخلاف ما جاء به القرآن الكريم في قوله تعالى : (وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن تسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون) (٢٠٦) .

وقال ابن كثير في تفسير قول الله عز وجل : (إني جاعل في الأرض خليفة) أي قوما يخلق بعضهم بعضا قرنا بعد قرن . أو أن المراد بالخليفة معنى الخالق على وزن فاعل لمن قبله من الملائكة كما قال بذلك القرطبي

وغيره . وقيل كل من له خلافة في الأرض (٢٠٧) .

ووظيفة الخلافة في الأرض تقتضي عمارها وإقامة حدود الله وتنفيذ قضاياه على مقتضى شرعه . وقد خاطب الله الملائكة بهذا الخطاب لا للمشورة على الرأي الراجح (٢٠٨) وإنما لإخبارهم واستخراج ما عندهم . وعندئذ سألت الملائكة عن هذا الخبر ليستكشفوا ما خفى عليهم من الحكمة الباهرة في هذا المخلوق الجديد وقد توجسوا منه خيفة الإفساد في الأرض وسفك الدماء على نمط ما كان يفعله الجن من قبل . فليس في سؤالهم اعتراض على الله تعالى ولا طعنا في بنى آدم على وجه الغيبة فإنهم أعلى من ذلك وأكرم حيث قال الله عنه (لا يعصون الله ما أمرهم ويفعلون ما يؤمرون) (٢٠٩) .

وقال سبحانه وتعالى : (بل عباد مكرمون لا يسبقونه بالقول وهم بأمره يعملون) (٢١٠) . فكان استفهامهم عن طريق القياس لأحد الثقلين على الآخر . (أتجعل فيها من يفسد فيها) بالمعاصي وذلك يمتضى القوة

الشهوانية . (ويسفك الدماء) بغير حق بمقتضى القوة العضلية كما فعل الجن من قبل . فإن كان القصد من الخلافة في الأرض العبادة فنحن نسبح بحمدك ونقدس لك . ولذلك جاء الرد عليهم من صاحب الحكمة البالغة قال : (إني أعلم ما لا تعلمون) وظهر ذلك جليا فكان من الخليقة أنبياء ورسل صالحون وساكنو الجنة . وفسر بعض العلماء تلك الآية الأخيرة على أنه تعالى أعلم أنهم يذنبون ويستغفرون فأغفر لهم . وقيل أعلم من وجود المصلحة والحكمة ما لا تعلمون (٢١١) .

وقد أكد الله تعالى في كتابه هذا التكريم للجنس البشرى ليتمكن للانسان تخفيف خلافته في الأرض . من ذلك قوله تعالى : (هو الذى أنشأكم من الأرض واستعمركم فيها) (٢١٢) .

ويبرز القرآن فضل الله عز وجل في مسألة التمكين في الأرض فيقول سبحانه : (ولقد مكناكم في الأرض وجعلنا لكم فيها معاشا قليلا ما تشكرون) (٢١٣) .

وهذه الآية الكريمة توضح

لكل ذى بصيرة ما جعله الله لبنى آدم فى الأرض من القرار والمهاد وهياً لهم فيها أسباب المعيشة حيث أمر كل ما فى الأرض أن يتفاعل مع الانسان إذا هو جد فى استخراج كنوزها وإلا فإن الحرث ووضع الحب فى الأرض لا يمكن أن يخرج نباتا بذاته . . فقد قال تعالى : (أفأرأيتم ما تحرثون أنتم تزرعونه أم نحن الزارعون لو نشاء لجعلناه حطاما فظللهم تفكهون) (٢١٤) ثم ذكر فائدة أخرى من فوائد العيش وهى ضرورة للبشر فى قوله تعالى : (أفأرأيتم النار التى تورون أنتم أنشأتم شجرتها أم نحن المنشئون) (٢١٥) .

وجملة القول فى التمكن فى الأرض وجعل المعاش يتبين لنا فى هذا الزرع الذى ينبت بين أيديهم وينمو ويؤتى ثماره مادورهم فيه ؟ إن الحبة تأخذ طريقها لاعادة نوعها تبدؤه وتسير فيه سير العاقل العارف الخبير بمراحل الطريق الذى لا يخطئ مرة كما يخطئ الانسان . وتلك رحلة لا يمكن للعقل أن يصدقها قبل أن يراها وما كان الخيال يتصورها . وهذا الماء

أصل الحياة وعصرها الذى لا تنشأ ولا تستمر إلا به من الذى أنزله . ؟ إن كل دور الانسان أن يشربه دون أن يدفع له ثمنا على الرغم من أنه أغلى شئ فى الوجود فمنه وعليه يعيش كل حى . وهذه النار التى لا يستغنى عنها إنسان وقد قامت عليها حضاراته ولكنها أصبحت أمرا مألوف لا يثير الاهتمام ومن الذى أنشأ شجرتها .

وبعد فإن هذه منزلة عظيمة . منزلة هذا الإنسان فى نظام الوجود على هذه الأرض الفسيحة وهو التكريم الذى شاءه خالق الكريم (٢١٦) .

وأخيرا : فإن الخلافة فى الأرض تعنى أن يكون الإنسان شاكرا لأنعم الله عليه على هذا التكريم وذلك التفضيل والشكر يكون بالقول كما يكون بالعمل فلا بد من تحقيق العدل بين الناس والتمكين للحكم أن ينتشر ويسود وجه الحياة . ألم تر إلى قوله تعالى : (يادادود إنا جعلناك خليفة فى الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون

عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب) (٢١٧) .

ونوضح هنا المقصود بالحكم بالحق أى بالعدل الذى هو حكم الله بين عباده لأن الأحكام إذا كانت مطابقة للشريعة الحقة الإلهية . انتظمت مصالح العالم واتسعت أبواب الخيرات . وإذا كانت الأحكام على وفق الأهوية وتحصيل مقاصد الأنفس أقضى ذلك إلى تخريب الحياة ومافيه . وذلك يفضى إلى هلاك ذلك الحاكم (٢١٨) .

ثالثا : التكريم بالعلم :-

لما كان العلم هو الطريق الأوحى للوصول إلى الوجدانية والنزير فى خلق الله سبحانه فقد خص الله به بنى آدم من البشر . فهو رسالة الله الأولى إلى خلقه وعباده الذين بعث فيهم الأنبياء والرسل . فهو خصلة كل عظيم من عظماء الإنسانية فقال تعالى : (وعلم آدم الاسماء كلها ثم عرضهم على الملائكة فقال أنبئوني بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين قالوا سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم قال يا آدم أنبئهم بأسمائهم فلما أنبأهم بأسمائهم قال ألم أقل لكم

إني أعلم غيب السموات والأرض وأعلم ما تبدون وما كنتم تكتمون^(٢١٩).

وآدم نبي مرسل بدين الإسلام وهو دين الله سبحانه الذي قال عز وجل عنه (إن الدين عند الله الإسلام)^(٢٢٠).

وآدم^(٢٢١) أول مخلوق بشرى تحدث الله عنه خلقا وتصويرا وتسوية ونفخا فيه من روحه . كما تحدث عنه خليفة في الأرض . ووهبه العلم ليمتطيع النظر في الأشياء والتصرف على هداية فعله أسماء الأشياء كلها .

والأسماء هي العبارات الموضحة لأسماء المسميات على ما قال به أكثر العلماء وقد أكد الله علم آدم تأكيدا عاما في قوله (الأسماء كلها) وكلمة كلها تفيد العموم مما يتضح منه أنه تعالى علمه جميع الأسماء ولم يخرج عن هذا شيء منها .

والمراد بعلم الأسماء والألفاظ والمعاني والأفراد والتركيب والحقيقة والمجاز^(٢٢٢) ثم يستطرد السياق القرآني في بيان تكريم آدم وبنيه فيقول سبحانه بعد أن علمه أسماء الأشياء «ثم

عرضهم على الملائكة» يعني تلك الأشخاص أو تلك المسميات ولم يقل «عرضها» لتغليب العقلاء عليهم . والذي يظهر أن الله علم آدم الأسماء وعرض عليه مع ذلك الأجناس أشخاصا ثم عرض تلك على الملائكة وسألهم عن أسماء مسمياتها التي قد تعلمها آدم (فقال أنبئونني)^(٢٢٣) بأسماء هؤلاء إن كنتم صادقين .

والأمر في قوله تعالى «أنبئونني» أمر تعجيز لقصد التبكيت لهم مع علمه بأنهم يعجزون عن ذلك وما قالت الملائكة (سبحانك لا علم لنا إلا ما علمتنا إنك أنت العليم الحكيم) وقد استدلل البعض بهذه الآية على أن آدم عليه السلام نبي مرسل متكلم . كما تفيد مزية العلم . وأنه شرط في الخلافة . وأن آدم مفضل على الملائكة . ولذلك قال بعض العلماء^(٢٢٤) لما أراد الله إخطار فضل آدم على الملائكة لم يظهره إلا بالعلم . فلو كان شيء أشرف من العلم لكان إظهار فضله بذلك الشيء لا بالعلم . ومن ثم أمر الله الملائكة بالسجود لآدم لأجل فضيلة العلم . ولما كان للعلم

الأثر البالغ في الإصلاح والتوجيه دعا الإسلام إليه ورغب فيه والأصل في ذلك قوله تعالى (يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم درجات والله بما تعملون خبير)^(٢٢٥) والمراد بالعلم هنا العلم الشرعي والمعنى يرفع الله الذين آمنوا منكم والذين أوتوا العلم في الثواب في الآخرة وفي الكرامة في الدنيا . فيرفع المؤمن على من ليس بمؤمن والعالم على من ليس بعالم .

وقال ابن مسعود : مدح الله العلماء في هذه الآية . فيرفع الله الذين أوتوا العلم على الذين آمنوا ولم يؤتوا العلم درجات في دينهم إذا فعلوا ما أمروا به أو المراد درجات كثيرة جليلة كما يشعر به المقام^(٢٢٦) .

وقد عطف الذين أوتوا العلم على الذين آمنوا من قبيل عطف الخاص على العام تعظيما له كأنهم جنس آخر .

فهل هناك تكريم لأي خلق آخر غير بني آدم أكثر من هذا التكريم ؟

وفي رأينا : أن دعوة الإسلام إلى العلم والتعلم الهدف منه حث الناس على

تعلم القراءة والكتابة . وهما دعامتان أساسيتان لكل طالب علم حتى إن المسلمين كانوا يطلقون سراح الأسير إذا هو علم عدداً من المسلمين القراءة والكتابة . وهكذا استطاع المسلمون أن يصلوا إلى مرتبة من الرقي لأنهم تسلحوا بالدين والعلم معا فعرفوا الله وتعلموا وعلموا وكتبوا كثيرا في شتى العلم والفنون . وهكذا يستطيع الدين والعلم معا دون فضل بينهما أن يقيموا حضارات عريقة وأما راقية في ظل التمسك بتعاليم الإسلام الحنيف من آدم إلى محمد ﷺ وإلى قيام الساعة إن شاء الله .

رابعا : التكريم بأمر الملائكة أن تسجد لآدم :

يقصد بالسجود لغة معان متعددة . منها السجود بمعنى الخضوع في العبادة وهو لا يكون لغير الله (٢٢٧) وقد يقصد به التعظيم . وقد يقصد به التحية أي الانحناء والتطامن إلى الأرض .

ودليل الاستنتاج للمقصود الأول قوله تعالى (فاسجدوا لله واعبدوا) ودليل المقصود الثاني (إني رأيت أحد عشر كوكبا والشمس والقمر رأيتهم

لي ساجدين) (٢٢٨) .

ودليل المقصود الثالث (٢٢٩) قول بعض العلماء : سجد الرجل إذا طأ رأسه وانحنى ومنه الميل يقال : سجدت النخلة إذا مالته .

والأصل في أمر الله تعالى الملائكة أن تسجد لآدم تكريما له قدر ورد في أكثر من موضع في القرآن الكريم .

فقال تعالى : (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس أبى واستكبر وكان من الكافرين) (٢٣٠) .

وقوله جل شأنه (لقد خلقناكم ثم صورناكم ثم قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس لم يكن من الساجدين قال مامنعك ألا تسجد إذ أمرتك قال أنا خير منه خلقتني من نار وخلقته من طين) (٢٣١) .

وكذلك قوله تعالى (وإذ قلنا للملائكة اسجدوا لآدم فسجدوا إلا إبليس كان من الجن ففسق عن أمر ربه أفتنخذه وذريته أولياء من دوني وهم لكن عدو مبس للظالمين بدلا) (٢٣٢) .

يستدل من هذه الآيات أن الله تبارك وتعالى قد شرف آدم

وذريته . حيث أمر الملائكة بالسجود له تكريما لهذا الخلق الذي خلقه وسواه بيده وجعله في أحسن تقويم .

وهذا التكرار يعني أن لكل آية معنى معين . فالآية الأولى فسرنا البعض : أن الملائكة لما استعظموا بتسبيحهم وتقديسهم أمر السجود أمرهم بالسجود لغيره ليريههم استغناء عنهم وعن عبارتهم . وقال البعض : إنهم عيروا آدم واستصغروه ولم يعرفوا خصائص به فأمروا بالسجود له تكريما ويحتمل أن يكون الأمر بالسجود له عقابا لهم على قولهم (أتجعل فيها من يفسد فيها) (٢٣٣) . وهذا كله يعني الحكمة من الأمر بالسجود .

أما الاستثناء في قوله «إلا إبليس» فقال القرطبي نصب إبليس على الاستثناء المتصل لأنه كان من الملائكة على قول الجمهور فقد استكبر واستعظم أن يسجد لآدم وبذلك كان من الكافرين (٢٣٤) .

أما الآية الثانية : فهي تعطى هذا المعنى عن طريق الحوار بين الله تعالى وإبليس وفيها زيادة فائدة وهي أن إبليس

استخدم القياس المنطقي في مواجهة الأمر الإلهي وكان بذلك أول من استخدم المنطق وكان سبب كفره لأنه لا قياس مع وجود النص من الله تعالى أو من الرسول ﷺ .

أما عن الآية الثانية . فهي تعطينا تصورا بأن إبليس كان من الجن وليس من الملائكة . والجن غير الملائكة . وقد أجاب القائلون بأنه كان من الملائكة بأنه لا يمنع أن يخرج إبليس من جملة الملائكة لما سبق في علم الله بشقائه عدلا منه وهو سبحانه لا يسأل عما يفعل . وليس في خلقه من نار ولا في تركيب الشهوة حين الغضب عليه ما يدفع أنه من الملائكة . وأما قوله «فسق عن أمر ربه» معناه خروج عن طاعته سبحانه . ثم حذر الله سبحانه وتعالى بنى البشر من إبليس وذريته بطريق الاستفهام الإنكاري والتعجب فقال (أفتتخذونه وذريته أولياء من دوني) وهذا دليل على أن إبليس له ذريته وأولاده يتناسلون أما الملائكة فليس لهم ذلك (٢٣٥) .

وقال بعض المفسرين إن السجود كان يوم الجمعة من وقت الزوال إلى العصر (٢٣٦)

وكان أول من سجد لآدم جبرائيل ثم ميكائيل ثم إسرافيل ثم عزرائيل ثم الملائكة المقربون والله أعلم .

خامسا : التكريم في المطعم والمشرب :-

بلغ تكريم الله سبحانه وتعالى لجنس البشر باختصاصهم بالطيبات من الطعام والشراب تأكيدا لهذا التكريم دون تفرقه ما بين إنسان وآخر . وذلك بأن أحل بعض الأطعمة وحرم البعض الآخر .

فقد جاء في آيات الذكر الحكيم (٢٣٧) (يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالا طيبا ولا تتبعوا خطوات الشيطان إنه لكم عدو مبين) .

وقد اختلف المفسرون في سبب نزول هذه الآية (٢٣٨) فقال البعض أنها نزلت في قوم من ثقيف وبنى عامر وخزاعة حيث حرموا الثمر والأقط على أنفسهم من الحرث والأنعام . وقال آخرون (٢٣٩) أنها نزلت في المشركين الذين حرموا على أنفسهم السائبة وهي التي كانوا يسييونها لآلهتهم والوصيلة من الغنم حيث حرموا على أنفسهم لحم الإبل

لما كان حراما في دين اليهود . وعلى أية حال فإن العبرة بعموم اللفظ «يا أيها الناس» لا بخصوص السبب ولكن قبل الدخول في تفاصيل الشرح . ما المقصود بالحلال : يقصد بالحلال لغة ما يجده الفم لذيدا لا لا يعافه ولا يكرهه أو تراه عينه طاهرا عن دنس الشبهة . وسمى الحلال كذلك لانحلال عقدة الخطر منه (٢٤٠) والحلال شرعا ما نص الشارع على حله . ولم يكن في الشرع ما يدل على حرمة (٢٤١) وقد ورد النداء من العلي الكريم يا أيها الناس . بالأمر في قوله تعالى «كلوا» .

وقد اختلف علماء التفسير في صيغة الأمر هل هي للإباحة أم للوجوب . فذهب بعضهم إلى القول أن الأمر هنا للإباحة (٢٤٢) فقد أباح الله الناس أن يأكلوا مما في الأرض في حال كونه حلالا من الله طيبا أو مستطابا في نفسه غير ضار للأبدان ولا للعقول . وروى ابن كثير بسنده إلى ابن عباس قال : تليت هذه الآية عند النبي ﷺ (يا أيها الناس كلوا مما في الأرض حلالا طيبا) فقام سعد

بن أبي وقاص فقال يا رسول الله أدع الله أن يجعلني مستجاب الدعوة فقال «ياسعد أطلب مطعمك تكن مستجاب الدعوة والذي نفس محمد بيده إن الرجل ليقذف اللقمة الحرام في جوفه ما يتقبل منه أربعين يوما وأيما عبد نبت لحمه من السحت والربا فالنار أولى به .

وأما قول تعالى «مما في الأرض» فمما هنا للتبعيض إذ لا يأكل كل مافي الأرض وهي تفيد القطع بأن مافي الأرض ماهو حرام كالحجارة لا يؤكل أصلا وليس كل ما يؤكل يجوز أكله فلذلك ورد اللفظ «حلالاً» (٢٤٣) .

وفي الآية دليل على أن الله تعالى هو الرزاق لعباده وأنه هو الذي يشرع لهم الحلال والحرام وهذا فرع عن وحدانية الألوهية . فالجهة التي تخلق وترزق هي التي تشرع فتحرم وتحلل . وهكذا يرتبط التشريع الإسلامى بالعقيدة . والأمر بإباحة مافي الأرض من الطيبات للإنسان بمثل طلاقة هذه العقيدة وتجاوبها مع فطرة الكون وفطرة الناس فالله خلق مافي الأرض للإنسان ومن ثم جعله له حلالا لا يقيد به إلا أمر خاص

بالخطر وإلا تجاوز حد القصد والاعتدال .

وقد ورد اللفظ «أيها الناس» فقد خص الله الناس دون تفرقة بين مسلم وكافر وأبيض وأسود هنا لكونهم أفضل أنواع الناس .

وحرصا من الله على هذا المخلوق الذى استخلفه فى أرضه واستعمره فيها حرم عليه الخبائث من الكسب الحرام المشوب بالربا أو السرقة أو نحوهما . وسواء كانت خبائث فى نفسها كالميتة والدم ولحم الخنزير أو ما أهل لغير الله به قال تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم) ونلاحظ هنا أن الشرع الحنيف حصر المحرمات من الحيوانات بصيغة القصر «إنما» وقد حرم الميتة لما فى الطباع السليمة من استقذارها ولما يتوقع من ضررها . وكذلك الدم ولحم الخنزير لأنه يتغذى من القذارات . ولأنه يسبب - على ما يرى الأطباء والمعالجين الدورة الشريطية وكذلك ما أهل لغير الله به . فهو محرم وسواء كان تحريم

الأشياء ومافى حكمها تحريما لعله أو للتعبد فإن علينا أن نتبع ما أمرنا به ونهانا عنه طاعة له وشكرا على نعمه وتكريمه .

المطلب الثانى : حرمة الأدمى وصيانتة

مقدمة :-

لقد عانت البشرية فى القرون الأولى قبل الإسلام من نظام الاسترقاق . فقد كان البشر فى تلك العهود المظلمة ينقسمون إلى قسمين : الأول يسمى الأحرار أى الأدمى الحر والثانى يسمى بالعبيد أى الأدمى العبد . فقد كان للطائفة الأولى السيادة والترفع على الطائفة الثانية الذين كانوا يعذبون تحت سطوة الأحرار . ولقد أصبح الرق والاستعباد فى ظل هذه القرون الظالمة نظاما لدى الشعوب والأمم . تقدم عليه الحياة فى شتى مجالاتها وعندما جاء الإسلام القويم قضى على الرق والعبودية وفتح الباب لتحرير العبيد كى يعيد للإنسان كرامته وقيمته . فنجد فى آيات الذكر الحكيم حث على هذا التحرير فقد جاء قوله تعالى : (فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة) (٢٤٤) .

كارهون . ورجل اتى الصلاة
دباراً . ورجل اعتبد
محرره^(٢٤٩) .

ووجه الاستدلال هنا . أن
الله تعالى توعده هؤلاء الثلاثة
بأن لا يقبل منهم صلاة أى لا
يثابون عليها . ومن هؤلاء
الثلاثة ذلك الرجل الذى حرره
عبده ثم عاد فاستعبده وقد علق
بعض العلماء على : رجل
اعتبد محرره . بأن اعتباد
الرجل لمن حرره يقع بأمرين
أحدهما أن يعتقه ثم يكتم ذلك
أو يجحد والثانى أن يستخدمه
كرما بعد العتق . والأمر
الأول أشدهما^(٢٥٠) .

وإمعانا في التدليل على
حرمة بيع الآدمي الحر . ما
ذكره صاحب البحر نقلا عن
الشفاء من أنه روى الهادى إلى
الحق عليه السلام بإسناده (أن
رجلا باع نفسه فى ولاية
عمر . فلما اشتد عليه البلاء
أتى عمر فقال : إني رجل
حر . فقال له عمر : أبعدك
الله . أنت الذى وضعت
نفسك . فقال له على ابن أبى
طالب : إنه ليس على حر ملكه
فاضربه ضربا شديداً والبائع
له . وأمر المشتري أن يتبع
البائع بالثمن . والذى يبدو لنا
أن الفاروق عمر أراد بقولته .

الشافعى على تحريم بيع
الحر . فقد اجتمعت كافة
الأدلة الشرعية على تحريم بيع
الآدمي الحر وأنه لا يمكن بأى
حال من الأحوال أن يدخل فى
دائرة المعاملات ولا أن يقوم
بمال نقدى .

وآية ذلك ما رواه البخارى
بسنده إلى أبى هريرة رضى
الله عنه عن النبى ﷺ وسلم
قال : (ثلاثة أنا خصمهم يوم
القيامة : رجل أعطى بى ثم
غدر . ورجل باع حرا فأكل
ثمنه . ورجل استأجر أجيرا
فاستوفى منه ولم يعطه
أجره)^(٢٤٧) .

ووجه الاستدلال هنا . أن
بيع الآدمي الحر حرام حرمة
شديدة لأن المسلمين أكفاء فى
الحرية . فمن باع حرا فقد
منعه من التصرف فيما أباح
الله له . وألزمه الذل الذى أنقذه
الله منه . حتى قال ابن
الجوزى : الحر عبد الله فمن
جنى عليه فخصمه
سيده^(٢٤٨) .

وكذلك ماورد فى
الحديث : ما رواه أبو داود فى
سننه بسنده إلى عبد الله بن
عمر أن رسول الله ﷺ كان
يقول : ثلاثة لا يقبل الله منهم
صلاة : من تقدم قوما وهم

وقوله تعالى أيضا : (أو
تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام
ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم إذا
حلفتم واحفظوا
أيمانكم)^(٢٤٥) . وقوله جل
شأنه فى كفارة الطهارة : (ثم
يعودون لما قالوا فتحرير رقبة
من قبل أن يمتاسا)^(٢٤٦) .

تلك هى مظاهر تفويض
الإسلام للرق فى مختلف نواح
التشريع الحنيف الذى لا يأتية
الباطل من بين يديه ولا من
خلفه .

ولذلك يجب فى مقام هذا
البحث بل وينبغى التعرض لما
ورد فى التشريع الإسلامى من
موقف الإنسان من بيع
الأحرار والأرقاء والذى
سنعرض فى فرعين هما :

**الفرع الأول : موقف
الإسلام من بيع الأحرار**
**الفرع الثانى : موقف
الإسلام من بيع العبيد**

**الفرع الأول
موقف الإسلام من بيع
الأحرار**

لقد أجمع العلماء فى الفقه
الإسلامى وكذلك الأئمة عدا
قول ضعيف نسب للإمام

أن يعاقب الرجل الذى باع نفسه لأنه أهان ماكرم الله . إذ من المحال أن يقر أمير المؤمنين شيئا حرمه الله ورسوله وشدد النكير عليه . فعمر أحرص الناس على محاربة المنكرات . بل هو أشدهم التزاما بتعاليم الإسلام .

وقد ذكر الشوكانى (٢٥١) رحمه الله تعالى تعليقا على ذلك . فقال بأن الشريعة الإسلامية حرمت تحريما قطعيا بيع الحر . بل وأجمع أهل الإسلام عليه ولا يحتاج إلى الاستدلال على مثله . والتعرض بما يستحقه الفاعل لهذا الحرام غير مناسب للمقام . بل يستحقه من العقوبة . هو سخط الله عليه . ولم يرد فى الشريعة عقوبة معينة فى الدنيا . ولا هو من الأمور التى يجب الحد على فاعلها .

والدليل الأخير على حرمة بيع الأدمى . ما ورد فى الفتاوى الهندية (٢٥٢) . إن الحر لا يضمن بالغصب صغيرا كان أو كبيرا لأن ضمان الغصب يقتضى التمليك . والحر لا يصلح فيه التمليك . ويضمن بالجناية لأن الجناية إتلاف (٢٥٣) فالذى لا

مراء فيه أن بيع الحر لو حدث ، فيه قلب لنظام الكون وضياح لاستخلاف الله له فى الأرض . فالبيع منعدم .

وقد رتب التشريع الإسلامى على هذا المبدأ . أنه لا يعترف بالشخصية القانونية والشرعية إلا للشخص الطبيعى فقط . فالإسلام لا يعرف الشخصية المعنوية بالمعنى الواضح فى القانون الوضعى . والسبب فى ذلك يرجع إلى أن مصدر التشريع الإسلامى هو الإله والمخاطبين بأحكامه هم البشر . فمن غير المقصود تكليف غير بين آدم بالأحكام الشرعية . لأن مناط ذلك متعلق بصلاحية النمة . وهى لا تتحقق إلا فى الإنسان الذى تتوافر فيه شروط التكليف الشرعى . ويقصد بالنمة : الوصف الذى يكون الإنسان به أهلا لما له وما عليه من الواجبات .

الفرع الثانى

موقف الإسلام من بيع العبيد

لقد جاء الإسلام والمجتمعات البشرية تتعامل

بالرق والإذلال . وكانوا يستبيحون الأرقاء . فلما جاءت الشريعة الإسلامية وأخذت بمبدأ التدرج فى التشريع لتنتقل بالأمة الإسلامية رويدا رويدا لتصل بها إلى السمو الأخلاقى بهدف تحقيق التكريم الإنسانى للإنسان كبشر مستخلف فى الأرض . ففضى الإسلام على استرقاق الإنسان وإذلاله .

فقد جاء قول الحق جل وعلى : (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين والأنف بالأنف والأذن بالأذن والسن بالسن والجروح قصاص (٢٥٤) .

بالنظر إلى تلك الآية الكريمة نجد أنها لم تفرق بين نفس وأخرى بمعنى أنها لم تفرق بين حر وعبد أو بين معلم وبنى أو بين رجل وامرأة .

وقوله تعالى : (كتب عليكم القصاص فى القتل الحر بالحر والعبد بالعبد والأنثى بالأنثى ... الخ الآية (٢٥٥) .

فقد اختلف العلماء فى آية سورة البقرة سالفة الذكر . فذهب البعض إلى أن هذه الآية مبينة لحكم النوع إذا قتل

نوعه . فيقتل الحر إذا قتل حراً . ويقتل العبد إذا قتل عبداً وكذلك الأنثى إذا قتلت أنثى . ولكنها لم تتعرض لأحد النوعين إذا قتل الآخر . وقالوا إن هذه الآية محكمة وفيها اجمال بينته آية المائدة التي سبق أن ذكرناها (وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس ... إلخ الآية) . وذكر أبو عبيد عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ بين ذلك حينما قتل اليهودي بالمرأة وقال ابن عباس ووافقه أهل العراق : أن آية البقرة منسوخة بآية المائدة واتفق أبو حنيفة والثوري وابن أبي ليلى على أن الحر يقتل بالعبد كما يقتل العبد به وهو ما قال به داود الظاهري . وروى ذلك عن علي وابن مسعود رضي الله عنهما .

وزهد جمهور الفقهاء على خلاف ذلك فلم يقتلوا الحر بالعبد للتنويع والتقسيم في الآية . إلا أنه يمكن الرد على ذلك بما ورد في الحديث الشريف من النبي ﷺ (المؤمنون تكافأ دماؤهم وهم يد على من سواهم ويسعى بذمتهم أدناهم) (٢٥٦) . ووجه الاستدلال بذلك الحديث أن

نفوس المؤمنين متساوية خصوصاً في القتل العمد فيقاد لكل مقتول من قاتله سواء كان حراً أو عبداً . ولذا تمسك أبو حنيفة رحمه الله بقول الله تعالى (النفس بالنفس) الآية في قتل الحر بالعبد لتساويهما . لكن جمهور العلماء تمسك بأن آية البقرة (الحر بالحر والعبد بالعبد .. إلخ الآية) مفسرة لآية المائدة (النفس بالنفس) (٢٥٧) .

والمسألة إذن محل خلاف والراجع في هذا الشأن (٢٥٨) هو ما ذهب إليه أهل العراق على النحو السالف بيانه وذلك لما يلي :-

أولاً : إختصت الشريعة الإسلامية بمبدأ التدرج في تشريعاتها . ولما جاء الإسلام كان الرق موجوداً منذ زمن بعيد ومصادره كثيرة . فبدأ الإسلام في تقويضه على أساس إعادة الحرية لبنى البشر جميعاً وتحرير جميع العبيد لتحقيق الكرامة التي خلقهم الله عليها . وهذا المبدأ يتوافق تماماً مع قول أهل العراق بأن آية البقرة جاءت مجملة بينتها آية المائدة . كما يمكن أيضاً أن يتوافق مع القول بأن آية المائدة (النفس بالنفس) ناسخة

لآية البقرة (الحر بالحر) ومن ثم يكون قتل نفس بنفس بغض النظر عن الحر بالحر متمشياً مع منهج التدرج التشريعي .

ثانياً : ما جاء بالحديث الشريف «المسلمون تكافأ دماؤهم» (٢٥٩) .

والتكافؤ هو التساوي بين الأشياء . وبهذا دخل في عموم الحديث كل وضع بالنص وكل شريف بالفحوى . ودخل في الأدنى المرأة والعبد والصبي والمجنون . والحديث الشريف هنا يتفق مع نص آية المائدة من حيث المساواة بين الأنفس كما يتفق مع منهج الإسلام في العمل على تحرير الإماء والناس .

ثالثاً :- أن الإنسان في الأصل حر لم يخلق للتمليك ليكون سلعة تباع وتشترى لما في ذلك من التناقض بين كونه مستخلفاً في الأرض وكونه مملوكاً ترد عليه عقود المعاوضات (٢٦٠) .

رابعاً : أن الرق ضعف حكماً . وعارض في سبيله إلى الزوال بالعتق بدليل أن الإسلام فتح الباب أمام تحرير الأرقاء حيث أجاز الكتابة بمعنى أن يكتب العبد على

نفسه ثمنه لولاه . وأجاز التدبير أى يكون العبد حراً بعد وفاة سيده . (٢٦١) .

المبحث الثانى

مدى سلطة الإنسان على جسده فى التشريع الإسلامى

تمهيد :-

إزاء ما قد نسمعه أو نقرأه فى وسائل الإعلام المختلفة حول جسد الإنسان وإمكانية التصرف فيه بالبيع أو التبرع والهبة . فقد لفت الأنظار ما نشر فى الصحف اليومية (٢٦٢) من أن جسد الإنسان لا يجوز التصرف فيه بالتبرع والهبة ولكن الفقهاء أجازوا نقل عضو إنسان سليم إلى إنسان مريض لإنقاذ حياته . كما أن بيع الإنسان لجزء من جسده حرام ويجوز له التبرع . كما أنه من الجائز شرعاً نقل جزء من جسد الميت لإنقاذ حياة شخص آخر حى . فقد استرعى انتباهى التناقض فى الإفتاء ، فتارة لا يجيز التبرع أو الهبة وتارة أخرى يجيز هذا التبرع ولذلك فقد بات لزاماً علينا ونحن فى مجال هذا البحث بخصوص سلطة الإنسان على الجسد فى التشريع الإسلامى . أن نوضح الأمر على قدر

خصوصه طبقاً لماورد فى كتاب الله تعالى وسنة رسول الله ﷺ بالاستعانة فى تأصيل الآراء بأقوال الفقهاء فى هذا الصدد .

فالمتدبر لآيات الذكر الحكيم . فى مفتتح سورة التين (لقد خلقنا الإنسان فى أحسن تقويم) أى لقد خلقنا الإنسان فى أحسن صورة وأجمل هيئة ومنحنا بعد ذلك ما لم نمحله لأحد غيره . وكذلك ورد فى سورة الانفطار (ياأيها الإنسان ماغرك بربك الكريم الذى خلقك فسواك فعدلك فى أى صورة ما شاء ركبك) . ومن مظاهر هذا التكريم الأسمى أن الله سبحانه وتعالى اعتبر جسمه أمانه إنتمنه عليها فهو الذى خلقه فسواه فعدله . فقد نهى القرآن العظيم عن قتل الإنسان لنفسه فى قوله تعالى : (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيماً ... الخ الآية) ومن مظاهر هذا التكريم أيضاً أمر الإنسان أن يهتم باصلاح جسده ظاهراً أو باطناً وأن يستعمل كل وسائل العلاج التى تؤدى إلى شفاؤه من الأمراض . فقد ورد فى الحديث الشريف . عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ

قال : «ماأنزل الله داء إلا أنزل له شفاء» وفى رواية لمسلم «لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله أى : فإذا نزل الدواء على الداء شفى المريض من مرضه بإذن الله .

وإزاء هذه الحماية البشرية وأخذاً بالقاعدة الشرعية الفقهية المعروفة وهى «أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» .

ولذلك قسم الفقهاء أجزاء جسم الإنسان إلى قسمين : أجزاء يابسة وأجزاء سائلة (٢٦٣) ولذلك ينقسم البحث إلى مطلبين :-

المطلب الأول : سلطة الإنسان فى التصرف فى الأجزاء اليابسة

المطلب الثانى : سلطة الإنسان فى التصرف فى الأجزاء السائلة

المطلب الأول

سلطة الإنسان فى التصرف فى الأجزاء اليابسة

مقدمة :

إزاء القاعدة الفقهية المشهورة «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» (٢٦٤) فإن

تصرفات الإنسان في ظل شرعية الديانة الإسلامية الحنيفة وعدم الانسياق وراء هذا الحشد الغربى . فإنه يباح بعض التصرفات في جسد الأدمى طالما تكون في إطار الشرعية الإسلامية ولذلك نقسم البحث في هذا المطلب إلى فرعين .

الفرع الأول : سلطة الانسان في التصرف المادى للأجزاء اليابسة

الفرع الثانى : سلطة الانسان في التبرع بالأجزاء اليابسة

الفرع الأول

التصرف المادى فى الأجزاء اليابسة

الأمر الذى لا خلاف عليه باتفاق المحققون من الفقهاء^(٢٦٥) على أنه لا يجوز للإنسان أن يبيع عضوا من أعضاء جسده أيا كان العضو وذلك لأسباب أهمها : أن جسد الانسان ومايتكون منه من أعضاء ليس محلا للبيع والشراء وليس سلعة من السلع التى يصح فيها التبادل التجارى . وإنما جسد الإنسان بناء بناء الله تعالى وكرمه وسما به عن البيع والشراء وحرم المتاجرة فيه تحريما

قاطعا لأن بيع الأدمى أو جزء منه باطل شرعا لكرامته بنص القرآن الكريم (ولقد كرّمنا بنى آدم .. الخ) وقد اتفق الفقهاء على بطلان البيع أو الشراء بالنسبة للبدن أو أى عضو من أعضائه . كما أن الإنسان ماهو إلا أمين على هذا الجسد ومأمور بأن نتصرف في هذه الأمانة بما يصلحها لا بما يفسدها . فإذا تجاوز الإنسان هذه الحدود وتصرف في جسده بما يتعارض مع إصلاحه كان خائنا للأمانة التى ائتمنه عليها الخالق البارئ . ولا يحتج على ذلك بالقاعدة الشرعية التى تقول . (الضرورات تبيح المحظورات) وبناء على ذلك يجوز للإنسان أن يتصرف في جسده عند الضرورة . لأننا نقول فى الرد على ذلك : إن التصرف عند الضرورة إنما يكون فى حدود ما أحل الله وفضلا عن ذلك فإن هذه القاعدة مقيدة بقواعد أخرى تضبطها . ومن هذه القواعد الضرر لا يزال بالضرر أى أنه لايجوز إزالة الضرر بضرر يشبهه أو يزيد عليه . ولذلك قالوا لايجوز للجائع مثلا أن يأخذ طعام جائع مثله عن طريق السرقة أو ما

يشبهها . كما أنه لا تعرض نفقة على الفقير لقريبه .

ومما لا شك فيه أن بيع عضو من أعضاء الجسد أيا كان هذا العضو يمثل ضرراً شديداً لبدن الإنسان . وهذا الضرر يزيد على مايتعرض له الإنسان من فاقة أو عسر أو احتياج . لأن هذا الاحتياج هناك وسائل تدفعه منها مباشرة الأسباب المشروعة للحصول على الرزق .

وفى مجال التعرف المادى فى جزء من جسد الأدمى . اختلف العلماء حول جواز أو جواز المضطر فى المخصصة لقطع جزء من جسده ليأكله .

فذهب أنصار الرأى الأول وهو رأى جمهور العلماء^(٢٦٦) على أنه لا يجوز للشخص أن يقطع جزء من جسده ليأكله مطلقا . وسبب ذلك أنه ربما يقتل الشخص نفسه لأن القطع فى حد ذاته يخدش الجسد فيكون قاتلا لنفسه والضرر لا يزال بضرر مثله . وقد استدل أنصار هذا الرأى على حرمة قطع المضطر جزءا من نفسه ليسد به رمقه بمايلى :-

قول الحق جل شأنه : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة

وأحسنوا إن الله يحب المحسنين^(٢٦٧) . فيلاحظ في هذه الآية أن النهي فيها جازم أى يدل على ترك الفعل وهذا يفيد الحرمة . فيحرم القطع للمضطر لجزء من جسده ليأكله بقصد سد الرمق . وذلك لأن الشخص يكون قد سعى في إهلاك نفسه بسبب محقق لقاء أمر موهوم .

واستدلوا أيضا بقوله سبحانه (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما)^(٢٦٨) . فالنهي في الآية السابقة نهى عام من أن يقتل أخاه في الإنسانية لأن قطع الإنسان كما سبق أن ذكرنا من الخطورة بمكان . فهناك من الأوردة المتنوعة والعصب وإلى غير ذلك من الأعضاء التي تفسد الحياة بقطعها مما يؤدي إلى قتل الإنسان نفسه . واستدلوا لذلك بالحديث الشريف عن رسول الله ﷺ . عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال : ذروني ما تركتكم فإنما هلك من كان قبلكم بكثرة سؤالهم واختلافهم على أنبيائهم . فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه . وإذا أمرتكم بأمر فاتوا منه ما استطعتم^(٢٦٩) .

فالنهي هنا عام واستثنى الجمهور ما يكره المكلف على فعله . ووجه الدلالة في هذا الحديث أن درء المفسد مقدم على جلب المصالح وهذا واضح مما ورد في الحديث (فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه) .

ونقل عن الإمام أحمد أنه ينزل بهذا الحديث على اعتناء الشارع بالمنهيات فوق إعتناقه بالمأمورات لأن أطلق الاجتناب في المنهيات ولو مع المشقة في الترك . وقيد بالمأمورات بالاستطاعة^(٢٧٠) .

وبناء على ما تقدم فإنه يجب اجتناب ما نهى الله عنه . فقد نهى عن أن يلقي الإنسان نفسه فيما يهلكه . كما نهى عن قتل نفسه وما يؤدي إلى ذلك . وإذا كان في قطع الشخص عضوا من نفسه ما يؤدي إلى الإتيان الكامل فيكون هذا منهيًا عنه والنهي يفيد التحريم . ومن ثم يحرم عليه ذلك . وبالجمله فإن في دلالة الحديث قاعدة عظيمة من قواعد التشريع الإسلامي وهي تقويم درء المفسد على جلب المصالح .

وذهب أنصار الرأي الثاني . إلى أنه يجوز

للمضطر أن يقطع جزءا من نفسه ليسد به رمقه حال المخمصة . وعللوا ذلك بقولهم إن للمضطر أن يحفظ الكل بالجزء . وهذا من باب ارتكاب أخف الضررين فلا يعدل إلى الإغلاظ تحريما مع وجود الأخف إلا أنهم اشترطوا لذلك شروطا أربعة :-

١ - ألا يجد المضطر ميتة ولا نحوها مما يسد به الرمق .
٢ - أن يكون الخوف من القطع أقل من الخوف من عدم الأكل . فإن كان مساويا له أو أكثر حرم القطع .

٣ - أن يكون القصد من القطع حفظ حياة نفسه لاجتياز آخر .

٤ - ألا يشوى اللحم المقطوع ولا يطبخه . بل يأكله نيئا لأن في ذلك هتكاً لحرمة بخلاف سائر الحيوانات .

واستند أنصار الاتجاه الثاني في هذه الإجازة إلى عدة دلائل من القرآن والسنة فقد ورد في آيات الذكر الحكيم قوله تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به . فمن

أضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم^(٢٧١). ووجه الاستدلال بهذه الآية : أن المحظور قد يباح دفعا للضرر ولهذا أبيح أكل الميتة وغيرها من المحرمات عند المخمضة . فقد حرم الله تعالى أربعة أشياء في هذه الآية . فإذا اضطر الإنسان إلى أكل شيء من هذا أو غيره فقد أباح الله له ذلك بشرط عدم البغى والعدوان وأن لا يكون متلذذا به . ومن ذلك لحم نفسه إذا لم يجد ما يأكله من حلال أو حرام . فله أن يقطع من نفسه مقدار ما يسد رمقه وإتلاف الجزء لإنقاذ الكل أمر مطلوب . وهو من الضرورات التي تبيح المحظورات^(٢٧٢) وقد اغترض بعض العلماء^(٢٧٣) على هذا الاستدلال فقال : وكل ما حرم الله من المأكل والمشرب من خنزير أو صيد حرام أو ميتة أو دم أو لحم سبع طائر أو ذى أربع وغير ذلك . فهو كله عند الضرورة حلال . وما يقتل من تناوله فلا يحل من ذلك شيء أصلا لا بضرورة ولا غيرها . وعلل استثناء لحم الآدمي : أن الأمر قد ورد بموارثها ولأن في ذلك إهانة لما كرم الله^(٢٧٤).

واستند أيضا أنصار هذا الاتجاه إلى دليل عقلي عن طريق القياس فقالوا : إن المريض قد يضطر إلى قطع عضو من أعضائه إذا وقعت فيه الأكلة والمضطر في المخمضة أشبه بالمريض فيجوز له أن يقطع جزء من جسمه ليسد به رمقه . وهذا من باب ارتكاب أخف الضررين كما في مسألة المريض فقياس عليه^(٢٧٥) . إلا أن جمهور الفقهاء وهم أصحاب السراى الأول اعترضوا على ذلك بالقول إن هذا القياس فاسد . لأن قياس مع الفارق إذ أن العضو الذي وقعت فيه الأكلة عضو مريض وإزالته واجبة شرعا لأن الطب كالشرع جاء لتحقيق مصالح الناس لأنه لو ترك ذلك العضو^(٢٧٦) فإن المرض ينتشر في جميع الأعضاء . فهو إذن من باب التداوى . وتلك مصلحة مؤكدة . بخلاف قطع عضو صحيح ذي منفعة لمصلحة موهومة فإن سد الرمق عن طريق قطع العضو والأكل منه أمر موهوم . ومن ثم فقد أصبح الفرق واضحا بين المقيس والمقيس عليه فافترقا فلا يمكن أن يتساوى العضو

المريض بالعضو الصحيح .

ونحن نذهب مع أنصار الاتجاه الأول . وفي اعتقادنا أن هذه مسألة غير مقصورة في أيامنا هذه . فالذى لامرأ فيه أن القطع لجزء من أجزاء الجسم الآدمي يؤدي إلى أضرار صحية بالغة فقد يصاب الشخص نتيجة هذا القطع بتلوث جراحي قد يؤدي إلى هلاكه . فإذا افترضنا اتجاه الشخص فإنه من المؤكد أن يحدث له تشوه في محل القطع مما يعد نقصا في بنيانه .

الفرع الثاني

التصرف بطريق التبرع

مقدمة :-

لا شك أننا نعيش في تلك الآونة من القرن العشرين في تصارع للثيارات الفكرية باسم العلم . وقد تفجرت على أثر ذلك قضايا علمية ذات طابع مادي باسم الحضارة ومصلحة البشرية .

وقد ابتلى القطاع الطبى وهو واحد من القطاعات التي تقدم على العلم المادى المجرد والذي يشمل العديد من القضايا يؤدي بعضها إلى التداوى بالمحرمات أو فعل ما فيه

حرمة ولا يتلاءم مع أبسط قواعد الآداب العامة . هذا فضلا عن مخالفة كثير من تلك القضايا لتعاليم الإسلام وضوابطه .

ولعل ذلك يرجع إلى مقاليد العلوم الطبية وابتكاراتها المتنوعة قد أصبحت في يد من لا يدينون بالإسلام أكثر مما هي في أيدي العرب والمسلمين وبالتالي فإن هذه الابتكارات تأتي في طبيعتها على غرار هذا دون التقيد بالمبادئ والضوابط التي جاء بها الإسلام نحو حماية الإنسان من الاعتداءات على كيانه البشري الذي أحاطه الله بسياج من الصيانة .

إلا أننا لا ننكر على هذه الحضارات أنها تقدمت في مجالات العلوم المختلفة التي خدمت البشرية جمعاء إلا ما كان منها مخالفا لتعاليم الإسلام ومن ذلك :

١ - التداوى بعقاقير تحتوي على مواد كالخمر والدم والكحول .

٢ - إياحة الإجهاض بعد نفخ الروح في الجنين لغير ضرورة معتبرة شرعا .

٣ - نقل أعضاء آدمية من

إنسان إلى آخر .

٤ - جراحة تحويل الرجل إلى امرأة وبالعكس .

٥ - مشكلة الأرحام الصناعية .

٦ - إنشاء بنوك للألبان الآدمية وأخرى للمنى الآدمي .

٧ - التحكم في جنس الجنين .

كل هذه قضايا شائكة تحتاج من الأمة الإسلامية وعيا كاملا وبقظة شاملة لئلا يقع المخالفون فريسة فتقضى الأمة على نفسها بنفسها ويتحقق فيهم قول الله تعالى : (حتى إذا أخذت الأرض زخرفها وازينت وظن أهلها أنهم قادرون عليها أتاها أمرنا ليلا أو نهارا فجعلناها حصيدا كأن لم تغن بالأمس كذلك نفصل الآيات لقوم يتفكرون) (٢٧٨) .

وإزاء هذا التناقض في الفتاوى المقصودة التي تنشر في الصحف اليومية والتي تعم العالم اتساعا في نشرها من القول تارة بجواز التبرع بجزء من جسم الإنسان والقول تارة أخرى لايحوز التصرف

بالتبرع والهبه في جزء من جسم الأدمي (٢٧٩) فانقسم أهل العلم في هذا الخصوص إلى اتجاهين . الاتجاه الأول يرى عدم الإجازة والاتجاه الثاني يرى إجازة هذا التبرع .

(أ) : الاتجاه الأول : لايحوز التبرع بجزء من جسد الأدمي

أورد أنصار هذا الاتجاه الأدلة الشرعية . من القرآن والسنة النبوية الشريفة على تحريم التبرع بعضو من أعضاء الجسد . وذلك تأسيسا على أن الإنسان ليست له سلطة على جسده . ونذكر من هذه الأدلة والشرعية منها ماورد في القرآن الكريم ومنها ماورد في السنة النبوية . فقد استدلوا على ذلك بقوله تعالى : (ولا تلقوا بأيديكم إلى التهلكة وأحسنوا إن الله يحب المحسنين) (٢٨٠) . ووجه الاستدلال هنا أن الله تعالى نهى أن تلقى بأنفسنا إلى التهلكة . وفي إقدام الشخص على التبرع بجزء من جسده هو في الواقع سعي لإهلاك نفسه في سبيل إحياء غيره . وليس ذلك مطلوبا منه . لأنه بالقطع للعضو لابد أن يفقد هذا العضو منفعته والإنسان أولى

بنفسه من غيره . كما أن من أركان التبرع أن يكون الإنسان مالكا للشيء المتبرع به أو مفوضا في ذلك من المالك . والإنسان ليس مالكا لجسمه . لأن ملك الرقبة لله وحده . كما ليس مفوضا في ذلك . لأن التفويض يستدعي إذنا له ولا يوجد بذلك إذن .

وقوله عز وجل أيضا (ولا تقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيما) (٢٨١) . ووجه الاستدلال في هذه الآية الكريمة . أن الله تعالى قد نهى الإنسان عن قتل نفسه أو قتل غيره سواء كان بسبب مباشر أو غير مباشر . فالنهي هنا عام يتناول جميع الأسباب ومن هذه الأسباب المنهى عنها أن يبرم شخص إتفاقا مع آخر ليتبرع الشخص بجزء من جسده للآخر . فهذا حرام لا يجوز الاتفاق عليه ولا فعله . لأنه لا يجوز له أن يتلف نفسه لإحياء غيره . لمخالفته منهج التشريع الإسلامي من حيث أنه لا يملك شيئا في جسده . ومخالفته للقاعدة الفقهية المعروفة «الضرر لا يزال بالضرر» والذي يؤكد حرمة التبرع قوله تعالى (ومن يفعل ذلك عدوانا وظلما فسوف

نصلينه نارا وكان ذلك على الله بسيرا) (٢٨٢) .

فموافقة الشخص على قطع جزء من نفسه هو لاشك عدوان على الجسد الذي شيده الله وأضافه إلى نفسه تشريفا له وتكريما في قوله تعالى لإبليس (مامنعك أن تسجد لما خلقت بيدي) (٢٨٣) .

كما فيه إبطال لمنافع هذا الجسد ونقصا له وظلم للنفس أيضا لما يؤدي إلى الائتلاف والتقاعس عن أداء العبادات والواجبات .

واستدل أنصار هذا الاتجاه من السنة النبوية الشريفة . مانكره الشوكاني عن مسلم وأحمد أنهما رويا بسندهما إلى جابر قال : لما هاجر النبي ﷺ إلى المدينة هاجر إليه الطفيل بن عمرو وهاجر معه رجل من قومه فاجتسوا المدينة (٢٨٤) . فمرض فجدع فأخذ مشافعي (٢٨٥) فشخبت يده (٢٨٦) حتى مات فراه الطفيل بن عمرو في منامه وهيئته حسنة . وراه مغطيا بيديه . فقال له ما صنع بك ربك ؟ قال : غفرت لي بهجرتي إلى نبيي ﷺ فقال : مالي أراك مقطبا يديك ؟ قال : قيل لي لن

نصلح منك ما أفسدت . فقطبها الطفيل على رسول الله ﷺ فقال رسول الله ﷺ وليديه فاغفر (٢٨٧) ووجه الدلالة في محل الشاهد أن الإنسان ليس ملكا لنفسه من حيث كيانه وبالتالي لا يسوغ له بحال أن يتصرف في شيء منه . بدليل أن من أفسد عضوا من أعضائه بنية التبرع أو البيع فقد تعدى وظلم . ولن يصبحه الله له يوم القيامة . بل يبقى على الصفة التي عليها عقوبة له على ما فعل (٢٨٩) . ومما يؤكد هذا المعنى ما ذكره الحفاظ ابن حجر في الفتح (٢٩٠) عن ثابت بن الضحاك «ليس على ابن آدم نذر فيما لا يملك» . وقال معلقا على هذا : والإنسان لا يملك تعذيب نفسه ولا التزام المشقة التي لا تلزمه حيث لاقرية فيها .

واستدلوا أيضا بما رواه البخاري بسنده إلى عبد الله بن عمرو رضي الله عنه قال : قال لي النبي ﷺ ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار ؟ قلت إني أفعل ذلك . قال فإنك إن فعلت ذلك هجمت عينك ونفخت نفسك . وإن لنفسك عليك حقا ولأهلك حقا نعم

وأفطر وقم ونم (٢٩١) .

ووجه الاستدلال فى الحديث . وجوب مراعاة كيان الجسدى والعمل على إحته ليسلم لصاحبه . فمن تقوقه عليه أن يريحه وأن عطيه ما يحتاج إليه من ضرورات الحياة مما يقوم به هذا البدن ليكون أعون على عبادة ربه . وما يجب عليه نحو من تلزمه نفقتهم . أما إذا أهمله وأتعبه وشق أو اعتدى عليه على النحو المعروف حديثا بالتحايل أو ما يسمى بالتبرع بكلية آدمى مثلا لمرض مضطر إليها لفشل كليته أو إحداهما . لذلك شدد علماء الإسلام على حزمة الأدمى وعدم المساس بكيانه الجسدى إلا لمصلحة خاصة بهذا الجسد كالعلاقات الجراحية لتحقيق مصلحة الشفاء . وأنه يجب على الطبيب فى هذا الصدد ألا يعتدى على بنیان الله تعالى ولا يعول على موافقة صاحب الجسد . لأن الطب كالشرع جاء لجلب المصالح ودفع المفاسد وليس العكس بتعديه بإفساد الجسد الصحيح . وقد شدد أنصار هذا الاتجاه فى الحرص على الجسد الأدمى

وذلك لقوله ﷺ «إن نفسك مطيتك فارق بها» وليس من الرفق أن تجيعها وتذيبها (٢٩٢) .

الاتجاه الثانى : يجوز التبرع بجزء من جسم الأدمى

إن التبرع للمريض بعضو إنسان سليم جائز شرعا (٢٩٣) حتى كان ذلك مفيدا للمريض وبشرط ألا يؤدى إلى الأضرار بالسليم .

وسند هذا رأى أنه جاء فى فقه الشافعية والزيدية أنه يجوز أن يقطع الإنسان الحى جزءا من نفسه ليأكله عند الضرورة ليدفع به المخصصة إذا لم يجد ما يأكله لاحلالا وحراما بشرط أن يكون الضرر الناشئ من القطع أقل من الضرر الناشئ من تركه الأكل . وتخريجا على ذلك فإنه يجوز أن يتبرع شخص بجزء من جسده لا يترتب على اقتطاعه ضرر به متى كان ذلك مفيدا فى غالب ظن الطبيب لأن للمتبرع ولاية على ذاته فى نطاق الآيتين الكريمتين : (ولاتلقوا بأيديكم إلى التهلكة) وقوله تعالى : (ولاتقتلوا أنفسكم إن الله كان بكم رحيمًا) . على أنه لا يباح

أى جزء بل الجزء الذى لا يؤدى قطعة من المتبرع إلى عجزه أو تشويهه (٢٩٤) .

ثم أكد صاحب هذا رأى مجرداً (٢٩٥) بالتعرض لبعض الأمور التى قاس عليها جواز التبرع بالأعضاء الأتمية مثل الجهاد بالنفس وتعرضها للقتل . وما أوجبه الإسلام فى شأن إنقاذ الغرقى والحرقى والهدمى مع ما قد يترتب على ذلك من هلاك المجاهد أو المنقذ واستبدال كلمة «فى غالب ظن الطبيب» بكلمة أخرى «فإذا جزم طبيب مسلم نو خبرة أو غير مسلم كما هو مذهب الإمام مالك أن هذا لا يضر بالمأخوذ منه أصلا ويفيد المنقول إليه جاز هذا شرعا بشرط ألا يكون الجزء المنقول على سبيل البيع أو بمقابل لأن بيع الإنسان الحر باطل شرعا (٢٩٦) .

أما بالنسبة لاستخدام بعض أعضاء الموتى فقد فرق بين الميت المعروف وبين الميت المجهول . فبالنسبة للميت المعروف إشتراط موافقة عصبته بترتيب الميراث . أما بالنسبة للمجهول فإنه يجوز أخذ العضو منه لإنسان حى يستفيد به فى علاجه أو تركه

تقدير ماذهب إليه أنصار
الاتجاهين :

بادئ ذي بدء إننا نرجح
ماذهب إليه أنصار الاتجاه
الأول وهو عدم جواز التبرع
بجزء من جسد الأدمي أيا كان
هذا الجزء حتى ولو كان من
الأجزاء المزدوجة وأما عن
أدلة الاتجاه الثاني فإن فكرة
الموازنة بين الضرر الذي
يعود على المتبرع وبين
الاستفادة التي تعدد على
المريض وربط ذلك بالمصلحة
الاجتماعية التي تترتب على
عملية نقل العضو الأدمي تجد
أساسها في القانون الوضعي
وليس في التشريع الإسلامي
فهى تتعارض مع الأدلة
الشرعية وأقوال فقهاء
الإسلام . وبالإضافة إلى ذلك
إن فكرة المواءمة هى فكرة
غامضة إذ كيف لايعود ضرر
على المتبرع الذى يتبرع جزء
من جسده فسوف يناله أبلغ
الأضرار وسوف يوجد
شخصان مريضان فى
المجتمع بدلا من شخص
واحد . وليس من المؤكد علميا
كما يذهب الأطباء إلى أن
الانسان يمكن أن يعيش أبدا
الدهر بكلية واحدة بدلا من
الكليتين . والدليل على ذلك

الجسم ليس ملكا للشخص بل
ملكاً لله . ثم انتقل إلى أجساد
الموتى فأباح الاستفادة بجميع
أعضاء جسد المتوفى إذا كانت
هناك ضرورة لذلك ومنفعة
للمريض المنقول إليه العضو
وأن يحكم بذلك طبيب ثقة دون
الرجوع إلى الورثة أو النياية
العامة إستنادا إلى أن
الضرورات تبيح
المحظورات . وذهب أخيرا
بعض أنصار هذا الرأي (٣٠٠)
إلى إجازة التبرع بالأعضاء
الأدمية بين الأحياء بشرط
تعويض المتبرع عما فاتته من
كسب خلال فترة إجراء
العملية وفترة النقاهة وتأمينه
ضد المخاطر المستقبلية التي
يتعرض لها نتيجة نقل العضو
منه .

ويلاحظ أن أنصار هذا
الاتجاه قد بنوا هذا الجواز
على فكرة الموازنة بين عدم
الضرر للمتبرع واستفادة
المتبرع له . كما اشترطوا أن
يقبر هذا طبيب ذو خبرة ثقة
ولم يشترطوا فيه الإسلام
صراحة بل قال بعضهم طبيب
مسلم أو غير مسلم وقال على
ماذهب إليه المالكية .

لتعليم طلاب كليات الطب لأن
فى ذلك مصلحة راجحة تعلو
على الحفاظ على حرمة الميت
وذلك بإذن من النيابة العامة .
بشرط أن تتحقق وفاته لأنه
لايجوز قطع عضو من ميت
إلا إذا تحققت وفاته . وقد
ذهب البعض الآخر (٢٩٧) إلى
جواز التبرع بالأعضاء
الأدمية بين الأحياء بشرط ألا
يترتب هلاك أو ضرر للمتبرع
لنهي عن الإلقاء بالنفس إلى
التهلكة أو قتلها الوارد فى
الآيتين السابقتين . وكذلك
النهي من السنة عن الأضرار
واشترط لذلك أن يقرر أطباء
ماهرون أن المتبرع له سيقيد
من ذلك استفادة حقيقية وقال :
والمسألة هنا يحكمها عدم
ضرر المتبرع واستفادة
المتبرع له . وذهب البعض
الآخر (٢٩٨) إلى أن التبرع
ببعض أجزاء الجسم جائز لكن
بيعها حرام بنفس الشرط وهو
ألا يؤدي العضو المقطوع إلى
عجز أو تشويه جسم
المتبرع له . وذهب البعض
الآخر (٢٩٩) إلى القول بأن
التبرع بالأعضاء الأدمية
كالكى والعينين حرام شرعا إذا
كان ذلك بمقابل مادي . أما إذا
لم يكن بذلك فهو مباح وعلل
الفرق بين المقابل وغيره بأن

لماذا خلق الله الانسان بكليتين . فله الحجة القاطعة في هذا الخلق وقد أكد ذلك قوله تعالى : «وما أوتيم من العلم إلا قليلا» (٣٠١) . كما أن ماذهب إليه أنصار الاتجاه الثاني في إجازة التبرع استنادا إلى فقه الشافعية والزيدية من أنهم أجازوا للمضطر في المخصصة أن يقطع من نفسه جزءا ليسد به رمق نفسه . فهذا الاستثناء في غير موضع النزاع على الإطلاق ويترتب عليه خطأ القول بجواز التبرع ومما يؤكد خطأ من قال بجواز التبرع بالأعضاء الأدمية وأن الإنسان ليست له على جسده من سلطة إلا سلطة المنفعة وإنه لايجوز له أن يتسبب في إضرار نفسه ولو بإزهاقها مارواه البخاري بسنده إلى عبدالله بن عمرو قال : قال لي النبي ﷺ ألم أخبر أنك تقوم الليل وتصوم النهار ؟ قلت إني أفعل ذلك قال : فإنك إن فعلت ذلك هجمت عنيك ونفخت نفسك وإن لنفسك حقا ولأهلك حقا فصم وافطر وقم ونم (٣٠٢) .

وما أوجبه الاسلام في شأن إنقاذ الغرقى والخرقى . الهدم . فإنه قياس مع الفارق

إذ أنه من الأصول الفقهية في القياس أنه شروط الفرع المقيس ألا يكون هناك فارق بين الأصل والفرع يمنع تساويهما في الحكم (٣٠٣) . كما أن العلة هي من أركان القياس ويشترط أن تكون وصفا ظاهرا منضبطا . أي يكون هذا الوصف في كل من الأصل والفرع بدرجة واحدة أو تفاوت يسير جدا لا يوجب إضطرابا في الأحكام . كما أن من شروط العلة أن يكون الوصف مناسبا وهو الذي يكون مظنة لحكمة الحكم . ولهذا لا يصح التعليل بالأوصاف الغير مناسب وتسمى بالأوصاف الاتفاقية (٣٠٤) التي لا يعقل لها علاقة بالحكم ولا بحكمته .

ومن هذا نعلم أن ولاية الإنسان على ذاته لا تتعدى بأى حال وجه المنفعة وليس له أن يتصرف في أى من أعضاء جسده ولو كان ضفرا . فإن الإنسان لا يملك تعذيب نفسه كما لا يلتزم مشقة لاتلزمه . حيث لاقرية فيها لأن عليه أن يبدأ بنفسه ونحن نذهب مع بعض الفقهاء (٣٠٥) أنه وإن كان ولا بد من الاستفادة بجثث الموتى الأدميين يكون في

أحوال معينة وعلى سبيل الحصر :

أولاً : أن توجد حالة ضرورة ملجأة .

ثانياً : لا بد من موافقة الورثة الشرعية أو إذن من القاضي الشرعى .

رابعا : أن يتم ذلك في سرية تامة على يد طبيب مسلم ظاهر الصلاح .

المطلب الثانى

سلطة الإنسان في التصرف في الأجزاء السائلة

مقدمة :-

لما كانت الأجزاء السائلة في جسد الأدمى كالدم ولبن الأمهات والشعر وإلى غير ذلك هي من الأجزاء الحيوية أيضا لتمام التعايش في الوجود المادى فبعضها لازم لحيوية الأنسجة والخلايا وبعضها لازم لبث الحياة في الآخرين وبعضها لازم لحماية الإنسان من الظواهر الطبيعية . وقد وقع اختيارنا على ثلاثة أجزاء هي دم الأدمى ولبن الأمهات وشعر الأدمى باعتبارها من العناصر السائلة التى تثير مشاكل معاصرة في الحياة اليومية . فما سلطة الإنسان

في التصرف في هذه الأجزاء . وسنتولى بحث هذه العناصر في ثلاثة فروع متتالية .

الفرع الأول : سلطة الإنسان في التصرف في الدم

الفرع الثاني : سلطة الإنسان في التصرف في لبن الأمهات

الفرع الثالث : سلطة الإنسان في التصرف في شعره

الفرع الأول

شرعية التصرف في دم الأدمي

الأمر الذي لأجدال فيه أن بيع الدم محرم شرعا وإنما يجوز التبرع به وسنعرض لأدلة تحريم بيع الدم وإجازة التبرع به لكن بشروط سيرد ذكرها فيما بعد . وإجازة التبرع بالدم على أساس أنه من آثار الذات^(٣٠٦) وليس من أعضائها بدليل أنه يتغير ويتجدد ويستعيز الإنسان ما فقده منه .

والدليل على تحريم البيع ماورد في قوله تعالى : (إنما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه إن الله غفور

رحيم)^(٣٠٧) . وقوله جل شأنه في آية أخرى : (وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فإن الله غفور رحيم)^(٣٠٨) .

ووجه الاستدلال في هاتين الآيتين الكريمتين واضح في الدلالة على حرمة هذه الأشياء الأربعة التي جاءت عقب قوله تعالى (ياأيها الذين آمنوا كلول من طبيبات مارزقناكم) فأفادت الإباحة على الإطلاق ثم عقبها بذكر كلمة (إنما) وهي حصرت الأشياء المحرمة وعلة التحريم في الثلاثة الأولى حفاظا على صحة البشر . أما الرابعة فهي محرمة شرعا لعدم ذكر اسم العلى التقدير . أو ذكر غيره جل شأنه .

وأما عن أدلة حرمة بيع الدم في السنة النبوية الشريفة ماجاء في الحديث عن ابن عباس قال : رأيت رسول الله ﷺ جالسا عند الركن قال : فرفع بصره إلى السماء فقال : لعن الله اليهود ثلاثا إن الله حرم عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها وإن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه^(٣٠٩) .

ودلالة الحديث أن الله

تعالى حرم بيع الدم شربا وإذا كان الحكم كذلك فإنه يحرم بيعه .

ونذهب مع بعض الفقهاء^(٣١٠) إلى أن الله جل شأنه حرم بيع الدم وكذلك حرم ثمنه لأنه قد ثبت أن شربه من الطريق المعتاد فيه مضره ويحمل الجراثيم .

وأما عن إجازة التبرع بالدم فكما سبق أن ذكرنا أنه من آثار الذات وليس من أعضائها وأنه يتجدد . ومن ثم فهو جائز شرعا في الحدود التي رسمها الشرع الحنيف إعمالا للقواعد الشرعية التي تبنى عليها الأحكام مثل قاعدة الضرورات تبيح المحظورا والضرورة تقدر بقدرها والحاجة تنزل منزلة الضرورة والمشقة تجلب التيسير وإلى غير ذلك .

والطب كالشرع وضع لجلب مصالح الناس من السلامة والعافية ودرء المفسد عنهم من الأمراض . والدم من المواد التي لايقوم مقامها عقار من العقاقير في تخفيف مصلحتها الضرورية . ومن هنا فإن التبرع جائز شرعا لجلب المصالح أودرء المفسد إلا أنه ينبغي الحيطه والتشرد في هذه الإجازة ولذلك لابد من

توافر الشروط الآتية :

أولاً :- ألا يتقاضى المتبرع بالدم ثمناً لذلك لأن الأدمى معصوم بكل أجزائه ويحرم بيعه .

ثانياً :- ألا يثأر المتبرع بالدم فلا يصح من شخص ضعيف الجسم ويترك الأمر لتقدير الطبيب المسلم الصالح .

ثالثاً :- أن تكون هناك ضرورة ملجئة لذلك فالضرورة تقدر بقدرها .

رابعاً :- أن يكون المتبرع بالدم سليماً من الأمراض الوبائية .

وإذا كان الأمر كذلك فما هي أدلة إجازة التبرع بالدم . لقد استقيناه من كتب علماء الفقه الإسلامى على ما يحتج به لجواز التبرع بالدم وسنعرضها فيما يلى :-

أولاً :- لقد ثبت من السنة النبوية الشريفة أن النبى ﷺ قد احتجج^(٣١١) بين الحين والآخر فقد روى البخارى بسنده إلى حميد بن الطويل عن أنس رضى الله عنه أنه سئل عن أجر الحجام فقال : احتجج رسول الله ﷺ حجمة

أبو طيبة وأعطاه صاعين من طعام وكلم مواليه فخفقوا عنه وقال إن أمثل ماتداوitem به الحجامة . ووجه الاستدلال هنا أن الحجامة هي مصل الدم مطلقاً . فليس بالضرورة أن يكون الدم فاسداً للتداوى . فإنه يكون قياساً عليه أن يتبرع الإنسان ببعض دمه للشخص المريض . ذلك أن الأمراض الدموية كما تنفعها الحجامة بإخراج الدم من جسمه وهي مشروعة لقصد التداوى . كذلك المريض الذى يحتاج إلى إدخال دم سليم فى جسمه إبقاء على حياته . والمهم أن الدم المتبرع به لا ينقص شيئاً من أهل الإنسان ولا يوجب إزالة المنفعة كما يحدث من المتبرع بالكلية فإنه موجب للإزالة .

ثانياً :- ذكر الحافظ ابن حجر فى الفتح عن بعض العلماء : أن جسم الإنسان يتعرض فى بعض الأحيان لهيجان الدم وخصوصاً فى البلاد الحارة وهنا تكون الحجامة أنفع دواء لهم إذ أنها تفيد فى أمراض كثيرة^(٣١٢) . وإذا كان الأمر كذلك حيث يستفيد المعطى والآخذ على السواء وينتفى الضرر بالتبرع بالدم جائز شرعاً أعمالاً

للقاعدة الشرعية «لا ضرر ولا ضرار» :

ثالثاً :- إن الدم وإن كان عضواً من أعضاء الجسم إلا أنه عضو سائل يتجدد والتبرع من السليم للمريض ببعض الدم ليس فيه ما يوجب الإزالة لمنفعة العضو ، كما هو الحال بالنسبة للكلية فهي عضو يابس يترتب على التبرع به إزالة المنفعة نهائياً إلا أنه ينبغى الإشارة إلى إجازة التبرع بالدم ليعنى أن للإنسان سلطة مطلقة على جسده . فهو لا يملك التبرع إلا فى الحدود المشروعة المقيدة بالقواعد الشرعية ومن باب قوله تعالى : (وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعدوان)^(٣١٣) .

الفرع الثانى

شرعية التصرف فى لبن الأمهات

مقدمة : إن لبن الأمهات الأدميات يعتبر من الأجزاء السائلة مثل دم الأدمى إلا أنه يفرق عن الدم فى جملة شروط نوجزها فيما يلى :-

أولاً :- أن دم الأدمى محرم بنصوص صريحة فى

الكتاب والسنة . قوله تعالى :
(إنما حرم عليكم الميتة
والدم .. الخ الآية) (٣١٤) .
وما ورد في الحديث الشريف
من النهي عن ثمن الكلب و ثمن
الدم (٣١٥) أما لبن الأدميات
يحرم لكونه أحد أعضاء جسم
الأدمي المصون عن الابتذال
والمهانة فهو يستمد هذه
الحرمة من هذه التبعية
الجسدية .

ثانيا :- أن لبن الأدميات
يثبت حرمة المصاهرة على
خلاف الدم إذا افترضنا جدلا
شربه .

ثالثا :- لبن الأدميات
يتميز باللون والطعم والرائحة
على خلاف هذا دم الانسان .

رابعا :- حكمة التحريم
في الدم غير قائمة في لبن
الأدميات إذ الدم لا يغلى وبقاء
الجراثيم المضرة للجسم فيه
مايؤدى الجسد . أما لبن
الأدميات على خلاف ذلك فهو
غذاء للأطفال لبقاء النوع
الإنسانى .

والمسألة التى دعت إلى
التعرض لبحث هذا النوع من
أجزاء الجسد السائلة هو
مانشر فى إحدى الصحف
اليومية عن فكرة إنشاء بنوك

لبن الأدميات (٣١٦) . هذه
سابقة خطيرة فى الشرع
الإسلامى إذا ما أبيع هذا
الإنشاء . ولذلك أوردت كتب
فقهاء الإسلام والمذاهب الدينية
آراء شتى فى إجازة أو عدم
إجازة بيع لبن الأدميات
فذهب منهم إلى الإجازة
والبعض إلى المنع والبعض
إلى الإجازة بتحفظ والبعض
الآخر ذهب إلى الكراهية لهذا
البيع . وسوف نستعرض معا
هذه الاتجاهات الأربع ونتبعها
برأينا فى الموضوع .

الاتجاه الأول : مذهب جمهور الفقهاء (٣١٧)

ذهب أنصار هذا الاتجاه
إلى أنه يجوز بيع لبن الأدميات
إذا كان فى إناء سواء كانت
المرأة حرة أو أمة . وكذلك
الانتفاع به وأنه مضمون
بالإتلاف . وقد استدلوا على
ذلك بما جاء فى الكتاب الكريم
(وأحل الله البيع وحرم الربا) .
ووجه الاستدلال هنا . أن الله
تعالى أحل البيع وأباحه فى كل
من أحله الله . والبيع يقتضى
التمليك بناء على مايدفعه
المشتري من العوض وكما أن
لبن الأدمية مشروب طاهر
ومن ثم فإنه يجوز للمرأة أن
تحلب لبنها فى إناء وتعطيه

لمن يسقيه صبيا وهذا تملك
منها له . وكل ما صح ملكه
وانتقال الأملاك فيه حل بيعه .
إلا ما جاء فيه نص يخالف
ذلك .

كما استدل أنصار هذا
الاتجاه أيضا بالحديث
الشريف (٣١٨) ما رواه مسلم
فى صحيحه بسنده إلى زينب
بنت أم سلمة قالت : قالت أم
سلمة لعائشة إنه يدخل عليك
الغلام الأيفع الذى ما أحب أن
يدخل على قال فقالت عائشة
أما لك فى رسول الله أسوة
قالت إن امرأة أبى حذيفة قالت
يارسول الله إن سالما يدخل
على وهو رجل وفى نفس أبى
حذيفة منه شىء فقال رسول
الله أرضعيه حتى يدخل
عليك . ووجه رسول الله ﷺ
«أرضعيه» مع أن وقت
الرضاع المحرم لدى الجمهور
قد فات . فاللبن مشروب
ظاهر كسائر الألبان بدلالة أن
الرضيع هنا رجل وليس
طفلا . وقد قال القرافى أن
عائشة أرضعت كبيرا فحرم
عليها . فلو كان حراما لما
فعلت ذلك ولم ينكر عليها أحد
من الصحابة فكان إجماعا على
إلغاء هذا الفرق بين الأدميات
ولبن غيرهن من الحيوان

مأكول اللحم (٣١٩).

الاتجاه الثاني : مذهب أبي يوسف

ذهب أبو يوسف وهو من أصحاب أبي حنيفة إلى إجازة بيع لبن الأدمية الأمة فقط وذلك استناد إلى أنه يجوز إيراد العقد عليها فكذا يجوز على جزئها . فالأمة مال متقدم فكذلك أيضا جزؤها (٣٢٠) .

هذا وقد اعترض البعض على هذا الجواز (٣٢١) بأن الجواز يتبع المالية ولا مالية للإنسان إلا ما كان محلا للرق وهو الإنسان الحي ولا حياة في اللبن . واستطرد هؤلاء بالقول إن اللبن جزء من أجزاء الأدمي بدليل أنه تثبت به حرمة المصاهرة وهو بجمع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال والأمتهان بالبيع إلا حاصل فيه الرق وهو لا يحل في اللبن . أما كونه مشروبا فضروري لأجل الأطفال بحيث لو استغنى عنه لايجوز . ونظيره ملك النكاح فإنه ضروري لاقتضاء الشهوة وإبقاء النسل فلا يدل على أن البضائع مهان . مبتذل . وأضاف هؤلاء أن لبن الأدمية في حكم المنفعة حق جاز

استحقاقه بقصد الإجارة في الظئر . ونذهب مع بعض الفقهاء إلى أن أبو يوسف قيد جواز بيع لبن الإمام تقييد لامعنى له وليس هناك مبرر لذلك إذ أن الرقيق لن يظل رقيقا . ومن ثم فإن الأمة لن تبقى أمة في منهج الإسلام وخصوصا أننا نعلم ضيق مصادر الرق بل فتح الباب للقضاء عليه نهائيا وخصوصا في العصور الحديثة لم يعد الاسترقاق نظام له جذور . فيوم تحرر الاماء جميعا فإنه لا يمكن القول بجواز بيع ألبانهم .

الاتجاه الثالث : الحنابلة (الكراهية)

يرى الإمام أحمد بن حنبل أنه يكره بيع لبن الأدميات مطلقا . فقد سئل رحمه الله تعالى عن بيع لبن الأدميات فقال أكرهه (٣٢٢) .

في واقع الأمر لم نجد تعليلا لما ذهب إليه الإمام أحمد في قوله بالكراهة لكننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى القول بأنه يغلب تعليل ذلك لأحد احتمالين : (٣٢٣) .

الأول : أن القول بالحرمة قد يكون فيه شدة لأن اللبن

مشروب يتربى عليه أجيال متعاقبه . كما أنه ليس بالجزء الأدمي اليابس الذي تزول منفعته بإخراجه وبه لا ينتقص شيء من الأصل .

الثاني : أن القول بالجواز قد يكون مبالغا فيه باعتبار أن اللبن جزء الأدمي وهو مكرم بكل أجزائه . وربما في ذلك امتهان لهذه الكرامة .

الاتجاه الرابع : الحنفية [عدم الجواز مطلقا] مع بعض الشافعية

يرى الإمام أبو حنيفة ومحمد بن الحسن وتابعه حشد من باقي المذاهب الأخرى وعلى ما ذكره صاحب الجواهر أنه لايجوز بيع لبن الأدميات . لأنه جزء من الأدمي . والآدمي مكرم شرعا فكذلك جزؤه (٣٢٤) .

وقد استند أنصار هذا الاتجاه إلى الأدلة التالية لمنع جواز بيع لبن الأدمية ونوجزها في :-

١ - إن لبن الأدمية جزء منها وقد صان الله الأدمي بجميع أجزائه عن مواطن الامتهان والابتذال . وفي بيعه إدخال له في دائرة المعاملات المالية ولا فرق في ذلك بين

الآدمية الحرة والأمة . فهذا اللبن تثبت به حرمة المصاهرة بين الرضع .

٢ - إن لبن الآدمية ليس بمال متقوم حيث لا يضمن بالإتلاف . لأن الذي يضمن ما ينقص من الأصل . واستخراج اللبن لا ينقص شيئاً من الأصل . فلا يقاس ذلك على بقية الأعضاء الآدمية التي تضمن بالإتلاف وذلك اعمالا لأحكام الدية والقصاص في الفقه الإسلامي .

٣ - إن لبن الآدمية في حكم المنفعة ولذا جاز استحقاقه بعقد الإجارة بخلاف لبن الحيوان فليس له حكم المنفعة وبالتالي لا يستحق بعقد الإجارة .

وأينا في الموضوع :-

في واقع الأمر أننا نذهب مع أنصار الاتجاه الأخير الذي يرى منع جواز بيع لبن الآدميات وذلك للأسباب التالية :

أولاً : يترتب على إجارة هذا البيع اختلاط الأنساب . وذلك استناداً إلى ما رواه ابن عباس قال : قال النبي ﷺ

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» لأن حرمة المصاهرة تثبت بشربه وفي ذلك شر يلحق بالأمة الإسلامية .

ثانياً : إن في الإباحة لهذا البيع إيتذال للأمهات وتشبيههن بالحيوانات التي تحلب وقد كرم الله الآدمي وصانه عن الابتذال والمهانة .

رابعاً : إن في إباحة هذا البيع أيضاً ما يظهر عورات النساء وفيه صعوبات كثيرة .

خامساً : مشكلة التلوث لهذه الألبان فربما تكون النساء لديها مرض خبيث غير ظاهر ما يضر بصحة الأطفال الرضع . ونعلم ذلك من إحصاءات أمراض الصدر الخبيثة أن النساء أكثر عرضة في الإصابة بهذا المرض في تلك المنطقة من الجسم .

سادساً : جهالة الأم من الرضاع مما يؤدي إلى فساد الأنكحة بين الناس .

الخلاصة : أنه لا يجوز بيع لبن الآدميات ولا التبرع به إذا كان يحلب في إناء ويمكن الاستعاضة عن ذلك بالمرضعات اللاتي يرضعن هؤلاء الأطفال رضاعاً طبيعياً

وذلك عملاً بالقاعدة الشرعية جلباً للمصالح ودرءاً للمفاسد . فإن مصلحة الأطفال الذين تتوفى أمهاتهم عند الوضع . أو النساء اللاتي لم يرضعن لأسباب بدنية أو صحية فحاجة الطفل إلى اللبن الانساني لكي ينمو . من ثم يمكن الاستعانة بالمرضعات كرضاعة طبيعية والله وتعالى أعلم .

الفرع الثالث

شرعية التصرف في شعر الآدمي

مقدمة :

نظراً لانتشار ظاهرة الشعر الزائف أو ما يسميه البعض (الباروكة) التي تغير من شكل الرجل أو المرأة على السواء . فقد يباع شعر الآدمي خصيصاً لذلك الغرض مما حدا بنا في مقام هذا البحث إلى التعرض لأحكام الشرع الحنيف بخصوص تلك المشكلة التي ذاع انتشارها ونظراً لأهمية الشعر بالنسبة لرأس الآدمي التي يوجد بها مركز الإحساس وهو المخ فإن أهمية الشعر وإن كان من الأعضاء السائلة التي تتجدد تأتي في الأهمية الأولى

للمحافظة عليه حماية لهذا الجزء الحوى من أجزاء الجسم البشرى . وقد اختلف فقهاء المسلمين فيما بينهم في خصوص مسألة بيع شعر الأدمى والانتفاع به . فذهب البعض إلى عدم الإجازة بينما ذهب الاتجاه الثانى إلى إجازة الانتفاع به فقط وسنعرض فيما يلى لكل اتجاه على حده .

الاتجاه الأول : عدم إجازة بيع شعر الأدمى والانتفاع به

ذهب أنصار هذا الاتجاه وهم أبو حنيفة وأبو يوسف والمالكية والشافعية^(٢٢٥) إلى أنه لا يجوز بيع شعر الأدمى وكذلك الانتفاع وذلك لكرامته وحرمة فهو كجزء من أجزاء الجسم البشرى له سائر حرمة هذا الجسد ويجب دفن شعره وظفره وسائره أجزائه^(٢٢٦) .

واستدل أنصار هذا الاتجاه على صحة مذهبوا بالأحاديث النبوية الشريفة فقد جاء فى الحديث الشريف بسنده إلى أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال : لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة^(٢٢٧) .

ووجه الاستدلال هنا أن

وصل الشعر بشعر آدمى آخر حرام لا يجوز فعله لأن اللفظ جاء باللعن . وأن اللعن أقوى الدلالات على تحريم الشيء . بل إن بعض العلماء يعدها من علامات الكبائر^(٢٢٨) .

وقد قال النووى إن هذا الحديث يدل دلالة صريحة على تحريم الوصل والوشم مطلقا وهذا هو الظاهر المختار . غير أن أصحاب الشافعية قالوا : إذا كان الوصل بشعر الأدمى فهو حرام بلا خلاف سواء كان شعر رجل أو امرأة . وسواء شعر المحرم أو الزوج أو غيرهما وذلك لعموم الحديث . أما إذا كان الوصل بشعر غير شعر الأدمى فإن كان نجسا كشعر الميتة وشعر مالا يؤكل لحمه إذا انفصل فى حياته فهو حرام أيضا لأنه حمل نجاسة فى صلاته .

وقد تمسك الإمام مالك وآخرين باللفظ العام للحديث فمنعوا وصل الشعر بأى شيء سواء كان شعر آدمى أو غيره أو صوف وذلك على خلاف ماذهب إليه الليث بن سعد من أنه لا بأس بوصل الشعر بغيره مما ليس بشعر إذ النهى مختص بالوصول

بالشعر^(٢٢٩) ووجه الاستدلال الثانى مارواه مسلم بسنده إلى جابر بن عبد الله يقول : زجر النبى ﷺ أن تصل المرأة برأسها شيئا^(٢٣٠) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث الشريف ظاهر فى أنه لايجوز أن تصل المرأة بشعرها شيئا فلا يجوز وصل الشعر بشيء مطلقا .

واستدلوا أيضا من رواية البخارى من قول معاوية «أن النبى ﷺ سماه الزور» لأن المرأة قد تفعل هذا التدليس به على من يخطبها^(٢٣١) . ومن ثم قال النووى أنه يحرم على المرأة التى لم يكن لها زوج أن تصل شعرها بشعر طاهر غير الأدمى رفعا لهذا التدليس .

الاتجاه الثانى : جواز الانتفاع بشعر الأدمى

يرى أنصار هذا الاتجاه وهم محمد بن الحسن الشيبانى صاحب أبى حنيفة وابن حزم من الظاهرية أنه يجوز الانتفاع بشعر الأدمى . ويتفق معهم كل من الهاروية والإباضية^(٢٣٢) . إلا أن الهاروية قيدوا ذلك بشعر المحرم الذى ينفصل عنه عندما يتحلل من إحرامه . أما

الإباضية فقد أجازوا الانتفاع به وكرهوا بيعه . وقد استدل أنصار هذا الاتجاه بالأحاديث الشريفة ومنها ما رواه مسلم بسنده إلى أنس قال لقد رأيت رسول الله ﷺ والحلاق يحلقه وأطاف به أصحابه فما يريدون أن تقع شعره إلا في يد رجل (٣٣٣) .

ووجه الاستدلال بهذا الحديث أنه يجوز الانتفاع بشعر الأدمي ولو لم يجز الانتفاع به ما سكت رسول الله ﷺ على من أخذ شعره تبركابه . بل ذكر بعض العلماء أن النبي ﷺ حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعله . إذ لا يتبرك بالنجس (٣٣٤) .

• واستدل الإمام يحيى بجواز الانتفاع بشعر الأدمي للتداوى بحديث أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنها (٣٣٥) فإنه مصرح بأن الوصل فيه كان للتداوى العروس التي أصيبت بمرض الحصبة وكانت على وشك الدخول على زوجها .

تقدير ماذهب إليه أنصار الاتجاهين :

في رأينا أن ماذهب إليه

أنصار الاتجاه الأول هو الراجح وذلك للحكمة الشرعية التي يقوم عليها صيانة جسد الأدمي عن الابتذال . فالشعر جزء من جسم الأدمي هذا الكيان . ولكن يحدونا هنا تحفظ هو أن الطب كالشرع وضع لجلب المصالح ودرء المفسد . فإذا كان في الانتفاع بالشعر الأدمي للتداوى مثلا كعملية تجميل مثلا لزرع الشعر في الرأس لحمايتها من الظواهر الطبيعية . فهو جائز لجلب منافع للإنسان إذ أنه يحمي هذا الجزء الحيوي الذي يوجد فيه مركز الإحساس وهو المخ . ولكن يجب أن تقدر الضرورة يقدرها . إذ من المقرر شرعا أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة بشرط ألا تتعدى القدر الذي يدفع الضرورة أو الحاجة .

اقتراح بإنشاء مجمع للأعضاء البشرية

مقدمة :

الأمر الذي لاجدال فيه شرعا وقانونا أن لجسم الأدمي حرمة . إلا أن هذه الحرمة تتفاوت في الشرع الإسلامي عن القانون الوضعي . فتجد أن فقهاء المسلمين يكادون

يبالغون في الحرمة ويجعلونها تصل إلى حدّها المطلق (الحرمة المطلقة) مع إجازة بعض الاستثناءات . أما فقهاء القانون الوضعي يحققون من هذا المبدأ تطبيقا للقواعد الشرعية التي تقضي بجلب المصالح للعباد . كقاعدة الضرورات تبيح المحظورات . ودرء المفسد مقدم على جلب المصالح .

ولكن ماهي الأدلة الشرعية التي توجب حرمة الأدمي بصفة مطلقة ومأموقف التشريع الوضعي من هذه المشكلة ؟

نستعرض فيما يلي أدلة الحرمة المطلقة لفقهاء المسلمين . فقد استدلوا بما جاء في الكنز الزيلعي : وحرمة طرق الإنسان كحرمة نفسه . حتى ولو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها . كما لم يرخص له قتل نفسه (٣٣٦) .

كما استدلوا بما جاء في الفتاوى الهندية أنه يحرم استخدام الأعضاء الأدمية في التداوى والمعالجات (٣٣٧) .

وقد ذكر جمهور المالكية والحنابلة : منع شق بطن

المرأة الميتة إذا علم أن في بطنها جنينا حيا ولو رجي حياته على المعتمد لأن سلامته مشكوك فيها . فلا تنتهك حرمة مؤكدة لحياة موهومة (٣٣٨) .

وقال الإمام محمد بن إدريس الشافعي : فإن عجل أحد بحفر قبر ليدفن ميتا فوجد ميتا أو بعضه أعيد عليه التراب . وإن خرج من عظامه شيء أعيد إلى القبر (٣٣٩) .

وقال علماء الزيدية : وحرمة قبر المسلم والذمي ثابتة كالمسجد من الثرى إلى الثريا طالما وجد فيها أجزاء من الميت لأن العبرة بذلك .

إلا أن فقهاء المسلمين لم يأخذوا بالمبدأ على إطلاقه والدليل على ذلك أنهم لم يمنعوا أخذ بعض أعضاء الميت الأدمي لاستخدامها لمصلحة المريض المضطر إليها (٣٤١) .

هذا من وجهة الشرع الحنيف . ونجد في القانون الوضعي . قانون العقوبات المصري الصادر في ١٩٣٧/٧/٣١ برقم ٥٨ لسنة ١٩٣٧ في الباب الحادي عشر

«الجنح المتعلقة بالأديان . خصص المشرع الوضعي المادة ٣/١٦٠ (كل من انتهك حرمة القبور أو الجبانات أو دنسها) يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن مائة جنيه ولا تزيد على خمسمائة جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين» .

ويستدل من هذا النص أن المشرع حرص على حماية الجسد الأدمي حتى دفنه في قبره . وجعل تدنيس الجبانات أو أى فعل من شأنه انتهاك حرمة القبور جريمة يعاقب عليها بالعقوبة المقيدة للحرية أو المالية .

وقد عارض بعض الفقهاء المسلمين في فكرة إنشاء بنك للأعضاء الأدمية التي تم طرحها بالمؤتمر الطبى الإسلامى البولى المنعقد فى فبراير ١٩٨٧ . وذلك لما فى هذه الفكرة من المثلة والإمتهان للكرامة الأدمية (٣٤٢) .

وقد ساق صاحب هذا رأى المعارض أدلة شرعية على ذلك مستمدة من القرآن الكريم والسنة النبوية المطهرة .

الدليل الأول : ما جاء

بقوله تعالى : (فبعث الله غرابا يبحث فى الأرض ليريه كيف يوارى سوءة أخيه قال ياويلتى أعجزت أن أكون مثل هذا الغراب فأوارى سوءة أخى فأصبح من النادمين) (٣٤٣) .

فهذه الآية تقص لنا قصة هابيل وقابيل فقتل الأخير أخاه ولم يعرف كيف يتم دفنه فأرسل الله تعالى وعلى حد قول بعض العلماء (٣٤٤) . ملكا فى صورة غراب ليعلم بنى آدم كيفية دفن الموتى . وبهذا الفعل صار الدفن فرض على جميع الإنسانية . وهو فرض كفاية صيانة للإنسان وسترا له عن أن تنتهك حرمة . فهذا يدل دلالة قاطعة على عدم التمثيل بالجثة للمتوفى الأدمي .

الدليل الثانى : ما جاء

بقوله تعالى : (ثم أماته فأقبره) (٣٤٥) ووجه الاستدلال هنا أن الله تعالى أمر بدفن موتى بنى آدم لما جعل لهم من حرمة سواء كانوا أحياء أم أموات لكى لا يكون مثله مما يؤدى إلى ابتذاله وامتهانه فأوجب دفنه حفظا له وسترا .

وقد أمعن الله تعالى فى صيانتة حتى فى قبره فحرم

بنبش القبول إلا لضرورة
فأهـرة يقرها الشرع
الإسلامي . وحرم أيضا
إنتهاك حرمت الموتى حتى
ولو كان بالكلام عنه فقد روى
أبو داوى بسنده إلى عائشة
رضى الله عنها قالت قال
رسول الله ﷺ «إذا مات
صاحبكم فدعوه ولا تقعوا
فيه» (٢٤٦).

الدليل الثالث : ما فعله
بعض الصحابة فقد نقل عن
الإمام أحمد أنه قال : لقد صلى
أبو أيوب الأنصاري على رجل
ووارها وصلى عمر على
عظام آدمية بالشام وصلى أبو
عبيدة عامر بن الجراح على
رؤوس بعد تغسيلها وتكفينها .
وقال الإمام الشافعي : ألقى
طائر يدا بمكة من وقعة الجمل
عرفت بالخاتم وكانت يد عبد
الرحمن بن عتاب بن أسيد
فصلى عليها أهل مكة (٣٤٧) .

ووجه الدلالة في فعل
الصحابة رضي الله عنهم
واضح في وجوب دفن أعضاء
الآدميين وعدم تركها لما فيه
من المثلة بها وهي حرام .

كل هذا يؤكد عدم صدق
فكرة إنشاء مثل هذا البنك .
فهى فكرة لا تتفق مع تعاليم
الإسلام . وأن الشفاء بيد الله

تعالى . ويجب على المسلمين
عدم الانسياق وراء حضارات
الغرب التى لا تدين بالإسلام
وأن يتقوا الله فى دينهم . ولو
صدق هؤلاء بالعمل على تنفيذ
الشرع الحنيف لأنزل عليهم
بركان من السماء والأرض .

رأينا فى الموضوع :

سبق أن اقترحنا فى القسم
الخاص بالقانون الوضعى
بإنشاء مجمع للأعضاء
البشرية ولفظنا إطلاق تسمية
بنك للأعضاء البشرية حتى لا
يلتبس الأمر على القارىء من
أن لفظ البنك يوحى بالربح
والاتجار وهو ما يصح أن
يكون مجالا للأعضاء البشرية
وإزاء رفض فكرة تجميع
أعضاء الأدمى . فإننا نرجح
إنشاء مجمع للأعضاء البشرية
فسوف لا نعرض هذه الأجزاء
 للبيع والاتجار فيها وليس هناك
مقابل للانتفاع بها ونقرر أن
مصادر هذا المجمع كما سبق
ذكرها تتمثل فى جرحى وقتلى
الحوادث المجهولى الشخصية
والذين تشرح جثثهم بالطريق
الجنائى . عن طريق جهات
التحقيق الجنائى . والمحكوم
عليهم بالإعدام الذى تم تنفيذه
بالفعل . فلن يضار إنسان فى
بدنه . وأن حفظ هذه الأجزاء

لا يكون فى زجاجات وتعرض
على جمهور الناس كما يذهب
الرأى المعارض لفكرتنا حتى
لا يتعرض الأدمى للمثلة . بل
إن هذه الأجزاء الأدمية تكون
فى سترة لا يطلع عليها إلا
القائمين على شئون هذا
المجمع فقط . فمبدأ الرفض
يجب ألا يؤخذ على إطلاقه .
فهناك العديد من القواعد
الشرعية التى تبيح ذلك ذكرها
صاحب الرأى المعارض
نفسه . وهى أنه يجوز
للمضطر أن يأكل لحم الأدمى
الميت فالحرمة ليست تعبدية
وإنما هى لكرامة الأدمى
وشرفه . وقال الإمام
الشافعى : إذا وجد المضطر
آدميا ميتا جاز له بل يجب عليه
الأكل بشروط ثلاثة :

الأول : ألا يجد غيره فإن
وجد غيره ولو ميتة مغلفة
كالخنزير حرم عليه الأكل من
الأدمى الميت ولو غير
معصوم الدم .

الثانى : أن يكون المضطر
معصوما فلو كان مهتر الدم لم
يجز له الأكل من لحم الأدمى
الميت ولو اضطر .

الثالث : ألا يكون
المضطر ذميا أو معاهدا أو
مستأمنا إذا كان الأدمى الميت

ملما^(٣٤٨) . فالقاعدة الشرعية أن الضرورات تبيح المحظورات والفرض أن المريض لابد وأن يموت إذا لم ينقل إليه جزء من جثة المتوفى . والإنسان الحي أفضل من الميت ولهذا لا يوجد ما يمنع من أخذ جزء من جثة الميت لإنقاذ شخص حي . بل إننا نذهب مع بعض الفقهاء إلى أن ذلك^(٣٤٩) يعتبر صورة من صور تطبيق الآية الكريمة (يخرج الحي من الميت ويخرج الميت من الحي) فنقل جزء من جثة الميت إلى شخص المريض على وشك الموت من شأنه أن يحييه . وقرر المؤتمر الدولي الإسلامي المنعقد في ماليزيا عام ١٩٦٩ أنه يجوز نقل وزرع الأعضاء من ميت إلى حي إذا تحققت المصلحة العلاجية من ذلك بشرط وفاة المتنازل وأن يكون النقل إما بوصية منه أو من وليه^(٣٥٠) .

وهذه المشكلة كثيرا ما عرضت على دار الإفتاء المصرية وعلى ما أعتقد أنه صحيح اعتبارا من عام ١٩٧٤ وحتى ١٩٩٠^(٣٥١) . فقد اتضح من هذه الفتاوى أن بعض العلماء حرموا التبرع

بشيء من أجزاء الجسد لا في حال الحياة ولا في حال الوفاة غير أن جمهور الفقهاء يرى جواز نقل عضو من أعضاء الميت إلى جسم إنسان حي إذا كان هذا العضو منفعه ضروريه لا يوجد بديل لها وأن يحكم بذلك الطبيب المتخصص الثقة . وهذا الرأي هو الراجح وذلك استنادا إلى القاعدة الشرعية «الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف» .

فقواعد الدين الإسلامي مبنية على رعاية المصالح الراجحة وتحمل الضرر الأخف لجلب مصلحة يكون تقويتها أشد من هذا الضرر . فإذا كان أخذ عين الميت مثلا لترقيع قرينة عين المكفوف الذي لا يرى النور يحقق مصلحة راجحة . بل هو علاج لضرر أشد . وليس في هذا ابتذال للميت ولا اعتداء على حرمة . فالضرورة تقدر بقدرها . ولايجوز الاحتجاج في هذا الصدد بما قرره صاحب الرأي المعارض بأن الله تعالى هو الذي يحدد هذه المصلحة وليس البشر . لأن الله تعالى أجود من البشر فهو يريد بالبشر يسرا لا عمرا . ويريد بالبشر التحفيف وليس التشديد ففي حقوق العباد

المشاحة وفي حقوق الله المسامحة . ونذهب إلى أبعد من ذلك بأنه إذا لم يزود قسم التشريع بالمعاهد المتخصصة في هذا المجال بالجثث لأغراض التعليم عليها . فسود نهدر مبدأ أساسى فى التشريع الإسلامى وهو الدعوة إلى التداوى . فقد ورد فى الحديث الشريف مارواه البخارى ومسلم عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال : «ما أنزل الله داء إلا أنزل له شفاء» وفى رواية «أن لكل داء دواء فإذا أصيب دواء الداء برأ بإذن الله . أى فإذا أنزل الدواء على الداء شفى المريض من مرضه بإذن الله . وسئل ﷺ : انتداوى يارسول الله ؟ قال : نعم تداووا فإن الله لم يضع داء أى لم يخلق مرضا إلا وضع له دواء . . غير داء واحد وهو الهرم أى الشيخوخة»^(٣٥٢) وليس فى إجازة إنشاء هذا المجمع مخالفة للتشريع الحنيف بل هو من أجل جلب المصلح للعباد فكم يسعد الشخص إذا رد إليه نور بصره بعد إجراء ترقيع القرنية مثلا . وكم يسعد أيضا إذا ما أجريت له جراحة فى الكلى وزرعت كلية صحيحة بدلا من المريضة . فكل هذه

مصالح ومنافع العباد . فالله تعالى رحمته واسعة لكل شيء فقد ورد في الكتاب الكريم «ورحمتي وسعت كل شيء» «ربنا وسعت كل شيء رحمة وعلماء» .

وإيماننا بهذه الفكرة لم نجد في التشريع الوضعي سوى القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ والقانون ١٠٣ لسنة ١٩٦٢ في شأن إنشاء بنك الدم وبنك العيون . إلا أننا نخطو خطوة المشرع بأن يخطو خطوة تشريعية نحو إلغاء ما يسمى بالبنك حتى لا تكون هناك شبهة للاتجار أو شبهة للاستغلال ذات الطابع الربحي . ونضع نصب أعيننا أن هذه الفكرة لم تلق رواجاً سوى في الدم وقرنية العين فقط من أعضاء الجسم البشري . وهذا لعله واضحة أن الدم والقرنية هما الأجزاء التي يمكن الاحتفاظ بها لفترة معقولة يمكن الانتفاع بها بالنسبة للشخص المريض . فقد انتشرت ما يسمى ببنوك العيون على المستوى الدولي وهناك اتحاد فيدرالي دولي لبنوك العيون الدولية . وتذكر منها في مصر بنك دولي للعيون في جامعة القاهرة مقره

حرم المنيل الجامعي التابع لكلية طب القاهرة . والثاني . في جامعة عين شمس التخصصي . وهناك بنكان مزعم انشاؤهما في كلية طب طنطا . وكلية طب الاسكندرية . ويشرف على هذه البنوك أساتذة طب العيون بالجامعات المختلفة في جمهورية مصر العربية . ونأمل بالتقدم في التوسع في إنشاء مجمعات أخرى لباقي الأعضاء الحيوية الأخرى مثل الكلى والقلب والرئتين نظراً للنجاح الباهر الذي حققته التجارب العلمية الطبية في هذا المجال .

وأخيراً وفي ختام هذا البحث تعليقا على الاقتراح بإنشاء ما يسمى بمجمع للأعضاء البشرية أنه اقتراح أقرب إلى الصواب لأن الطب كالشرع جعل أصلاً لجلب المصالح ودرء المفاسد عن البشر . فإذا كان في إنشاء هذا المجمع ما يقضي على قائمة الانتظار مثلاً بالنسبة لمرض العيون . إذ كثيراً ما نقرأ أن هناك نسبة كبيرة من المرضى بعثامة القرنية من الحرفيين وهي إصابة ناتجة عن مواد كيميائية أو بآلة حادة أو التهاب

بكتيري أو فيروس أو فطري ناتج عن تخطلات مرضية . ويقدر عدد القرنيات التي يمكن نزعها كل يوم بحوالي قرنيتين يتم حفظهما في البنك لأي طلب (٣٥٣) وهذا المرضي لا يرون نور الحياة الدنيا وقد طالعنا الإحصاءات في هذا المجال بأنه نسبة النجاح لا تقل عن ٩٥٪ بأي حال (٤٥٤) .

ونأمل أن يتسع المجال في أعضاء أخرى وتكتمل بإنشاء ما يسمى بمجمع للأعضاء البشرية .

خاتمة البحث

خاتمة هذا البحث ليست تلخيصاً له . وإنما هي مغزاة . ومغزى هذا البحث يظل القانون باعتباره من العلوم الحيوية والاجتماعية دائماً في تقديم الجديد لخدمة البشر .

فالتقدم العلمي يقوم الكثير من الوسائل المخترعات وعلى رجل القانون أن يقبل ما يراه في مصلحة الإنسانية وأن يرفض ما يراه غير إنساني فالعلم والطب يمكن أن ينظر إليها على أنها يساعدان القانون ويعاونانه . ولكن يجب النظر إليهما على أنهما النموذج المثالي الذي يجب

الإحتذاء به . فالقانون يجب أن يهيم على الفنون العلمية الحديثة حتى يشكلها بما يتواءم مع مصلحة الإنسان .

فإزاء هذا التقدم الهائل فى زراعة ونقل الأعضاء الأدمية أصبح جسد الانسان محلا لهذه البحوث العلمية والعمليات الجراحية . من هنا كانت الزاوية التى يدخل منها رجل القانون لتقديم الوسيلة المشروعة لممارسة هذه العمليات ، حتى لا يقع هؤلاء العلماء تحت طائلة المسؤولية القانونية المدنية والجنائية والذي لفت الأنظار إلى الإطلال بالبحث من هذه الزاوية وهى زاوية المشروعية للتصرف فى أعضاء جسم الإنسان الحى بالغاً أم قاصراً أم ميتاً . هو ما نقرأه فى وسائل الاعلام الحديثة من نشر أخبار شراء كلية مثلا بمبالغ زاهدة لا تتناسب مع مبدأ حرمة الجسد على الإطلاق . فحتى لا يقع هؤلاء فريسة فى أيدي حفنة قليلة من المضاربين . تم وضع الخطوط العريضة لرسم هذه المشروعية فى هذا المجال باعتباره يمس أغلى شئ فى وجود المادى وهو العنصر

البشرى . وفضلنا أن نقارن مع هذه المشروعية بما أورده فقهاء العلماء المسلمين فى الفقه الإسلامى .

فقد تناولنا فى هذا البحث فى ثلاثة فصول . الفصل التهميدى وتناول مبدأ الحرمة المطلقة لجسم الإنسان فى مواجهة التيارات الفعلية . وأن جسم الإنسان لا يصلح أن يكون محلا لحق الملكية لاختلاف الاعتبارات التى يقوم عليها هذا الحق . وفى مواجهة هذا المبدأ يكون مبدأ ضرورة التضامن الإنسانى . الذى بموجبه تم اخضاع جسد الأدمى لتفرقات قانونية تناولت التعرض لنزع جزء من أجزائه المزوجة التى لا يترتب عليها المساس بوظيفة الجسد وهى حياته . ووجه الفقه والقضاء المبررات العلمية التى تجيز هذا المساس الذى لا يتأثر به هذا الجسد . وقد تناولنا هذه المبررات التى تخلص فى نظرية السبب المشروع وحالة الضرورة وتحقيقه النفع العام . ووجدت هذه المبررات استناداً إلى نصوص القانون الوضعى مثل القانون ١٧٨ لسنة ١٩٦٠ فى شأن التبرع بالدم . والقانون ١٦٢ لسنة ١٩٦٢ فى شأن

بنك العيون . وذلك عن طريق القياس على الأجزاء المزوجة لجسم الأدمى وتناولنا فى الفصل الأول التصرف فى جسم الإنسان باستعراض شرعية التصرف حال الحياة وتم إجازة هذا التصرف سواء بالبيع أو التبرع إلا أنه يكون قاصر على الأجزاء المزوجة التى لا يترتب عليها المساس المستديم بالجسد الأدمى مع وضع بعض الضمانات التى تكفل هذا الشخص محل التعامل فى حالة قتل عضو سليم منه إلى آخر مريض كعمل وثيقة تأمين مثلا تقيه مخاطر التعرض فى المستقبل إذ ما حدث وقلت كفايته عن العمل . ثم تناولنا شرعية التصرف بعد الوفاة . أى التعامل فى جسم الأدمى الميت سواء عن طريق الوصية عن طريق آخر كموافقة الأقارب فى حالة وجود أقارب . ورجحنا الموافقة الافتراضية للأقارب . فى حالة بعدهم أو عدم تواجدهم بخوار المتوفى . وخلصنا من ذلك باقتراح بإنشاء مجمع للأعضاء البشرية يكون مصدره جثث الموتى أو القتلى فى الحوادث المجهولى

الشخصية والأشخاص المنفذ عليهم حكم الإعدام . ووضع تصور لكيفية عمل هذا المجمع لقطع الغيار البشرية والابتعاد عن تسميته بينك الأعضاء الآدمية . وذلك حتى يزول كل شك لدى أفراد المجتمع بأن هناك تعامل تجارى لهذه الأعضاء البشرية .

وتناولنا في الفصل الثاني سلطة الإنسان على جسده في الفقه الإسلامى ببيان الحماية الشرعية لهذا الجسد الآدمى متناولين مظاهر هذا التكريم الذى لقاء الإنسان عن باقى المخلوقات وأن لهذا الجسد حرمة . فيجب صيانته عن الابتذال والإمتهان ثم أوضحنا مدى سلطة الإنسان على جسده بتقسيم أجزاء الجسد إلى

أجزاء يابسة وأجزاء سائلة موضحين بالتفصيل أدلة التحريم والجواز لهذه السلطة . ولم يستثن فقهاء الشريعة الإسلامية سوى إجازة المضطر فى مخمصة إلى أكل لحم الآدمى ولكن بشروط معينة . وكذلك التبرع بجزء من جسم الآدمى إذا كان مفيدا للمريض وبشروط مشددة أيضا . وقد تم اختيار بعض أجزاء الجسد كى تكون محلا لهذا البحث وقياس عليها باقى الأعضاء المماثلة الأخرى . واستعرضنا فى نهاية البحث رأى المعارض لفكرة إنشاء مجمع لقطع الغيار البشرية أو كما يسميه صاحب رأى المعارض بنك الأعضاء البشرية .

وتم الرد على الرأى المعارض استدلالا بالقواعد الشرعية التى ساقها جمهور فقهاء المسلمين مثل قاعدة الضرورات تبیح المحظورات . وتعاونوا على البر والتقوى . الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف . أو الضرر يزال . وجلب المصالح مقدم على درء المفاسد .

وبعد فهذا اجتهاد فى مجال البحث وأسأل الله أن يوفقنا لما فيه الخير من جلب المصالح ودرء المفاسد . فإنه نعم المولى ونعم النصير .

والله ولى التوفيق .

القاضى لا يصانع ، ولا يضارع ، ولا يتبع
المطامع

أمير المؤمنين
عمر بن الخطاب

مراجع

- (١) راجع د . روؤف عبيد . الانسان روح لا جسد مطول عام ١٩٧١ .
- (٢) د . حسام الأهواني . والمشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٤ - ٨ .
- (٣) صحيفة الأهرام المصرية في عددها الصادر في ١٠/١/١٩٨٧ .
- (٤) صحيفة الأهرام المصرية في عددها الصادر في ١٨/٢/١٩٨٩ .
- (٥) د . حسام الأهواني . مجلة نادي القضاء . عدد مارس ١٩٨٧ ص ١٢ - ١٤ .
- (٦) نقض فرنسي ٣٠ مارس ١٨٨٦ - واللوز ١٨٨٦ - ١ - ٤٥١ محكمة السين في ٢٠/١٢/٣٢ يحدث في هذه القضية أن رفض الحائوتى تسليم الجثة لأهل المتوفى ليقوموا بدفنه (لا بعد دفع الأتعاب الخاصة به أى أنه مارس الحق في الحبس وفاء لدينه . ومحكمة النقض اعتبرت أن الحبس هنا غير جائز لأن جسم الانسان خارج المعاملات المالية .
- (٧) كاربونية : القانون المدني . الجزء الأول ص ١٦٥ رقم ٤٨ باريس عام ١٩٦٥ .
- (٨) راجع د . عبد الرحيم السكري نقل وزراعة الأعضاء الآتية منظور اسلامي عام ١٩٨٨ ص ٩٢ .
- (٩) راجع د . حسام الأهواني . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ١٠ - ١١ .
- (١٠) أنظر في تفاصيل ذلك . د . حسام الأهواني والأضرار الناتجة عن إصابات الجسم رسالة باريس عام ١٩٦٨ دراسة مقارنة .
- (١١) أنظر د . حسام الأهواني نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ١٣ - ١٤ .
- (١٢) أنظر د . حسام الأهواني نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ١٦ - ١٨ .
- (١٣) (أ) راجع نقض مدني ١٩٨٥/٣/١٧ مجموعة أحكام النقض المصرية في خمسون عاما .
- (ب) راجع د . عصام أحمد الحق في سلامة الجسد . رسالة دكتوراه عام ١٩٨٨ ص ٧٢ .
- (١٤) راجع د . حسام الأهواني المرجع السابق ص ٦ بند ٢ من هذا البحث .
- (١٥) راجع د . حسام الأهواني المرجع السابق ص ٨ بند ٢ من هذا البحث .
- (١٦) كاربونية : القانون المدني - جزء أول ص ١٦٧ .
- (١٧) أنظر ليرسون : الحقوق غير المالية . رسالة من ليون سنة ١٩٣٩ رقم ٦٨ .
- كاربونيه : المرجع السابق ص ٥ من هذا البحث جزء أول ص ١٧٩ .
- (١٨) فمثلا الاتفاق الذي يكون محله القيام بعمل من أعمال الدعارة يعتبر باطلا لأنه مخالف للنظام العام .
- (١٩) نيرك : نظرية عامة للحقوق التي ترد على الشخص ص ٥٥ رقم ٧٤ .
- (٢٠) ابن قدامه : المغنى والشرح الكبير . جزء سادس - طبعة أولى عام ١٣٤٧ هـ ص ٧٣ .
- (٢١) راجع د . حسام الأهواني . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢١ ، ٢٢ .
- (٢٢) مازو : دروس في القانون المدني - الجزء الأول رقم ٦٤٤ ص ٦٣٦ باريس ١٩٦٥ .
- (٢٣) أنظر المشاكل القانونية التي أثرت بمناسبة ذلك . د . حسام الأهواني . الأضرار الناتجة عن الإصابات الجسدية رسالة ١٩٦٨ باريس جزء ثاني ص ٧١٤ .
- (٢٤) أنظر مازو : دروس في القانون المدني . الجزء الأول ص ٦٣٦ .
- (٢٥) عدم مشروعية الاتفاق على التعقيم في القانون الفرنسي (نقض جنائي فرنسي ١٩٣٧/٧/١) .
- (٢٦) راجع بيكينيوه : شرح القانون الطبي ص ٢٧٤ رقم ٢٥٢ .
- (٢٧) راجع د . حسام الأهواني . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٣ وما بعدها .

هوامش

- (٢٨) ريموندي . دراسة خاصة بنقل الأعضاء . المجلة الفصلية للقانون المدني ١٩٦٩ ص ٢٩ .
- (٢٩) د . حسام الأهواني . نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٤ .
- (٣٠) د . حسام الأهواني نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٥ .
- (٣١) راجع د . حسام الأهواني . المرجع السابق ص ١٤ من هذا البحث ص ٢٧ .
- (٣٢) انظر د . حسام الأهواني «المشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء البشرية ترجمة واعداد الدكتور محمود مصطفى عام ١٩٨٥ .
- (٣٣) انظر د . حسام الأهواني نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٧ .
- (٣٤) انظر د . حسام الأهواني نظرية الحق عام ١٩٧٢ ص ٢٨ .
- (٣٥) Decocq (A) Essai diune théorie générale des droits sur la Personne, p. 95. ets. Paris 7960
- (٣٦) Josseland : la Personne humaine dans Lecommerce juridigue D.H. 1932, p. 1 .
- (٣٧) Jack (Andrée): Les Conventions relative à la Personne Physique .
- (٣٨) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٣٨ .
- (٣٩) راجع د . حمدي عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٧ ص ٣٠١ .
- (٤٠) راجع د . حسام الأهواني - المرجع السابق هامش ٢ .
- (٤١) راجع د . السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني ج ١ ص ٥١٥ طبعة نادي القضاء عام ١٩٨٨ .
- (٤٢) راجع ابن حزم : المحلى ج ١٠ ص ٤٤٤ «الشريعة الإسلامية تقرر أن كرامة الانسان توجب عدم المساس بجسمه حيا أم ميتا . وقد أجاز فقهاء الشريعة المساس اذا كان ينطوي على تعاون على البر والتقوى لا من أجل تحقيق مصلحة إنسانية ويقول تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الإثم والعنوان» .
- (٤٣) Pallard (R) : L'exception de nécessité en droit civil, Pavis Savatier : Les problémes juridiques: article précité. 1969 .
- (٤٤) راجع د . حسام الأهواني . المبادئ العامة للتأمين عام ١٩٧٥ ص ٢٧ .
- (٤٥) Chavanne : Point de vue juridique, Bull. med Légale 1967 .
- (٤٦) راجع د . حسام الأهواني : المرجع السابق ص ١٢٣ .
- (٤٧) مشار إليه في د . محمود مصطفى . القسم العام عام ٢٩٧٤ ص ١٨٠ بند ١١٤ .
- (٤٨) د . محمود نجيب حسني : الحق في سلامة الجسم مجلة القانون والإقتصاد ص ٥٤٧ .
- (٤٩) د . حسام الأهواني ، المرجع السابق هامش ٤ .
- (٥٠) راجع د . محمود نجيب حسني : أسباب الإيابة في التشريعات العربية ص ١٣١ القاهرة ١٩٦٢ .
- (٥١) راجع د . محمود مصطفى : القسم العام بند ١١٤ ص ١٨٠ .
- (٥٢) راجع د . حسام الأهواني : المرجع السابق هامش ٣ .
- (٥٣) Karl Engisch. cité par Doll. op. cit p. 85.
- (٥٤) راجع د . عبد الحى حجازى المدخل لدراسة العلوم القانونية «الحق» عام ١٩٧٠ ص ١٩٦ .
- (٥٥) راجع د . حمدي عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٤٤ وما بعدها .
- (٥٦) راجع د . حمدي عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٤٧ .
- (٥٧) راجع د . حسام الأهواني . المرجع السابق ص ٢٢ هامش ٤ .

مواصلة

- (٥٨) راجع د . حسام الأهواني . المرجع السابق ص ٦٣ وما بعدها .
- (٥٩) د . حمدي عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٤٧ .
- (٦٠) راجع Dierkens «الحقوق على جسد وجثة الإنسان» باريس ١٩٦٦ ص ٦٥ ، ٦٦ .
- (٦١) راجع د . حسام الأهواني : المرجع السابق ص ٢٤ هامش ٤ .
- (٦٢) راجع د . حمدي عبد الرحمن . المرجع السابق ص ٤٩ .
- (٦٣) راجع النشرة التشريعية عدد يونيو سنة ١٩٦٠ ص ١٧٧٠ .
- (٦٤) الوقائع المصرية ١٧ أبريل سنة ١٩٦١ .
- (٦٥) تقرير مقدم إلى مؤتمر الطب والقانون . د . كريمة محمد عوض .
- (٦٦) راجع د . حسام الأهواني . المرجع السابق هامش ٣ ص ١٢٩ .
- (٦٧) نشر في النشرة التشريعية أبريل ١٩٦١ ص ١٠٢٤ .
- (٦٨) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٣٩ .
- (٦٩) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٤٠ .
- (٧٠) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٤١ .
- (٧١) راجع د . حسام الأهواني . المشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء البشرية عام ١٩٧٥ ص ١٤٢ .
- (٧٢) راجع د . حسام الأهواني المرجع السابق ص ٢٦ هامش ٣ ص ٦٤ .
- (٧٣) راجع . عبد الرزاق السنهوري . الوسيط في شرح القانون المدني عام ١٩٦٢ .
- (٧٤) راجع د . حسام الأهواني المرجع السابق ص ٦٦ .
- (٧٥) المذكرة الإيضاحية لقانون ١٩٥٩ وموافقة مفتي الديار المصرية على زرع قرينة من ميت إلى حي .
- (٧٦) راجع د . حمدي عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٥١ .
- (٧٧) راجع د . أحمد سلامة مقدم لدراسة الحق ص ١٠٢ .
- (٧٨) راجع د . حمدي عبد الرحمن . المرجع السابق ص ٥٢ .
- (٧٩) راجع د . محمود مصطفى . القسم العام بند ٩٣ ص ١٥٩ وما بعدها .
- (٨٠) راجع نقض جنائي الهيئة العامة للمواد الجنائية ١٩٦٣/١/١ الطعن ١٠٨٤ لسنة ٣٢ ق .
- (٨١) راجع د . محمود مصطفى . المرجع السابق ص ١٩٩ هامش ٤ .
- (٨٢) راجع د . رمسيس بهنام الجريمة والمجرم والجزاء عام ١٩٧٣ ص ١٢٩ .
- (٨٣) راجع د . سليمان مرتضى . المسؤولية المدنية في تقنيات البلاد العربية عام ١٩٧١ ص ٢٩٢ .
- (٨٤) راجع د . حمدي عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٨٨ ص ٥٣ وما بعدها .
- (٨٥) راجع د . حمدي عبد الرحمن . المرجع السابق ص ٥٣ .
- (٨٦) راجع د . أحمد سلامة . المرجع السابق ص ١٠٢ .
- (٨٧) راجع د . حمدي عبد الرحمن . المرجع السابق هامش ١ ذات الصفحة ص ٥٤ .
- (٨٨) د . حسام الأهواني . رسائله الأضرار الناتجة عن الإصابات الجسدية . بالفرنسية عام ١٩٦٨ ص ٤ .
- (٨٩) Savatier (R): De sanguine jus. D 1954. P 141 .

هوامش

- (٩٠) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٤٢ هامش ٢٠٥ .
(91) Nerson L'influence de la biologie. P 676 .
- (٩٢) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء ص ١٣١ ومابعدا عام ١٩٧٥ .
- (٩٣) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء ص ١٣٠ عام ١٩٧٥ .
- (٩٤) Dierkens: op. cit N. 85 et 86, P. 63 et 64 .
من يتبرع بجزء من جسمه لغير قريب يكون مصابا بالماسوشيزم [رغبة غير عادية فى التضحية] .
Decoq : Thèse précitée. P. 119. N. 177 .
- (٩٥) د . حسام الأهوانى مقدمة القانون المدنى ص ٣٢ .
- (٩٦) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٣٤ .
- (٩٨) . النشرة التشريعية أبريل ١٩٦١ ص ١٠٢٤ الوقائع المصرية فى ١١ أبريل عام ١٩٦١ العدد ٢٩ .
- (٩٩) راجع . د . مصطفى الجمال . التأمينات الاجتماعية عام ١٩٨٩ ص ٢٥٢ ومابعدا .
- (١٠٠) Masden v. Havvison 1957 .
- (١٠١) راجع د . حسام الأهوانى : فى عرض التفاصيل المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١١٨ .
- (١٠٢) المادة الأولى من قانون الدانمرك «إذا كان الشخص أقل من ٢١ سنة تشترط موافقة الولي على رضاه القاصر .
- (١٠٣) Jack (A): Les convention relatives à La Personne Physique, 1955 .
- (١٠٤) د . حسام الأهوانى والمشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٢٠ ومابعدا .
- (١٠٥) مؤتمر بيروجيا منشور فى المجلة القومية مارس ١٩٧١ العدد الأول المجلد ١٤ ص ٢٧ .
- (١٠٦) د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٢٢ ومابعدا .
- (١٠٧) راجع د . حسام الأهوانى والمشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٢٦ .
- (١٠٨) Travaux de La commission de reforme du code civil 1950. P 53 .
وراجع المجلة القومية . د/ رياض الخانى مارس ١٩٧١ ص ٢١ .
- (١٠٩) المادة ١٩ فقرة ثانية من القانون المدنى الألبانى .
- (١١٠) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٤٤ .
- (١١١) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٤٥ .
- (١١٢) Jack (Andeè): Les cmmentian relatives à La Personne Physique. Eev
- (١١٣) Decocq: op. cit. P. 257 .
- (١١٤) Esmein (p): Le clute des morts Melanges Dabin: T.2, P. 541, 1963 .
- (١١٥) مقال نشر فى جريدة الأهرام عددها الصادر فى ١٩٨٦/٥/٢٢ [خطيف شخص لأنفى واختلاس كليتها لشخص مريض] .
- (١١٦) Cass. Crim. 23, juni 1955 Montpellier .

هوامش

- (١١٧) Nerson: L'influence de La biologie. Article Precité. P 669- 670 .
- (١١٨) د . حسام الأهوانى فى عرض الرأى بالتفصيل . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٧٢ .
- (١١٩) د . حسام الأهوانى فى عرض الرأى بالتفصيل . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٧٣ .
- (١٢٠) Doll: op. cit. P 204., Andry: Les rofession medicales .
- (١٢١) اعلان سيدنى الصادر فى أغسطس ١٩٦٨ ومنشور جزء منه فى : Doll: op. cit. P 204 cyril,
- (١٢٢) Wecht and Michael Aranson: Medical Legal ramification of human tissue transplantation. De paul Review, 1969
- (١٢٣) Coste - Florel: Articl Precite. P. 793 .
- (١٢٤) اقترح د . زهير المصرى ضرورة انتظار فترة ٤٨ ساعة . بحث تقدم لمؤتمر الطب والقانون عام ١٩٧٩ .
- (١٢٥) Jedn Py: Article- Precite P. 85 .
- (١٢٦) Anrys: op. cit p 431. N. 335.
- (١٢٧) راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٨١ هامش ٢٦٠٨ .
- (١٢٨) Doll: La discipline op. cit. p. 210 . savatiev (j): Article precité. p. 91 . Cyril, wecht op. p. 490 .
- (١٢٩) راجع د . حمدى عبد الرحمن . معصومية الجسد فكرة الحق عام ١٩٨٨ .
- (١٣٠) راجع تقنين العقوبات المصرى . طبعة وزارة العدل عام ١٩٨٦ .
- (١٣١) راجع : المحلى لابن حزم جزء ١١ ص ٤٠ .
- (١٣٢) Esmein (p): le culte des morts Melanges Dabin. p. 541 .
- (١٣٣) راجع د . رؤوف عبيد : مطول الانسان روح لا جسد القاهرة ١٩٧١ .
- (١٣٤) نقض فرنسى ٣٠ مارس ١٨٨٦ . واللوز ١٨٨٦ - ١ - ٤٥١ محكمة السين فى ٢٠ ديسمبر ١٩٣٢ .
- (١٣٥) Decocq: op. cit. p. 44. N. 55 .
- (١٣٦) Fisher's Estate. v. Fisher (1954) .
- (١٣٧) راجع د . حسام الأهوانى فى عرض الرأى وتحليله . المشاكل التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٦٣ .
- (١٣٨) Wheeler. op. cit. p. 474, cyril:
- (١٣٩) د . حسن كبره . المدخل إلى القانون ص ٤٢٠ ، د . توفيق حسن فرج . نظرية الحق . ص ٢٤٤ .
- د . برهم عطالله : مقدمة علم قواعد المعاملات ص ١٧٤ .
- (١٤٠) أنظر د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٦٤ .
- (١٤١) Kornprobst: contrat soins medicaux p. 81. paris 1960 .

مراجع

- (١٤٢) نقض فرنسى (مدنى) ٣٠ مارس سنة ١٨٨٦ - واللوز ١٨٨٦ - ١ - ٤٥١ . نقض بلجيكى ١٨٨٩/٧/٣ نشر فى Dierkens ص ١٣٣ .
- (١٤٣) المادة الأولى من القانون رقم ٢٣٥ الصادر فى إيطاليا عام ١٩٥٧ . وكذلك ورد فى القانون الانجليزى والمشروع المقترح فى أمريكا .
- (١٤٤) راجع المشاكل العملية فى قانون الموارث والوصية للمؤلف طبعة ١٩٨٩ ص ١٣٧ .
- (١٤٥) راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٨٦ .
- (١٤٦) راجع الشيخ محمد أبو زهرة . الولاية على النفس القاهرة عام ١٩٦٦ ص ٥٤ ومابعدها .
- (١٤٧) راجع د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٨٧ .
- (١٤٨) راجع د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٨٨ .
- (١٤٩) المادة الأولى من القانون البلجيكي الصادر فى ١٩٦٩/١/١٦ .

- (١٥٠) Doll : Le droit de disposer des cadavres Article précité . p . 75
- (١٥١) فى الإشارة إلى هذا رأى : Doll : op . cit . p . 75
- (١٥٢) Doll : op . cit . 75 .
- (١٥٣) نظرية امتيازات الأقارب . منشور فى د . حسام الأهوانى : المرجع السابق ص ١٩٤ .
- (١٥٤) راجع د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٠١ ويرى من المنتقد ما أخذ به القانون فى لوكسمبرج من استلزم على موافقة الأقارب بحسب ترتيبهم فى استحقاق التركة وذلك حتى الدرجة الثانية .
- (١٥٥) Savatiev (j) : Article précité . p . 94 .
- (١٥٦) Doll : Le droit de disposer du cadavre. Rev . Se 1971 . p . 68
- (١٥٧) Jean py : op ; cit . 1968 . p . 84
- (١٥٨) المادة الخامسة من قرار رئيس الجمهورية الإيطالية رقم ٣٠٠ الصادر فى ١٩٦١/١/٢٠ .
- (١٥٩) راجع د . حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ٣٠٣ ومابعدها .
- (١٦٠) الشيخ محمد أبو زهرة : الولاية على النفس ص ٦٢ معهد الدراسات العربية ١٩٦٦ .
- (١٦١) د . محمد الحسينى حنفى : الأحوال الشخصية ص ٢٤٩ القاهرة ١٩٦٦ .
- (١٦٢) د . حسام الأهوانى . المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٠٥ .
- (١٦٣) القانون الأمريكى الصادر فى ولاية إلينوى . [منشور فى حسام الأهوانى . المرجع السابق ص ١٥٦ .
- (١٦٤) Le clère : les autopaies et lerespect des droits de la pevsomme .
- (١٦٥) د . حسام الأهوانى : المشاكل القانونية التى يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٩٧ .
- (١٦٦) Savatiev : (j.) Article précité .
- (١٦٧) Le clère: Article précité p . 172 .

هوامش

- (١٦٨) القانون الأمريكي : Anatom ical gifts Act .
يقرر إذا كانت الموافقة تليفونية يجب أن تكون مسجلة أو تخرافية .
- (١٦٩) Savatiev (j.) Article pvecite . D. 1963 . p . 94 .
- (١٧٠) Savatiev (j.) : Article pvecite D . 1963 . p . 93 .
- (١٧١) Trib . adm. de. Bovdeaux 15 . nov. 1963. j . C . p 1963 .
- (١٧٢) Trib . adm . de Bovaeaux 15 . nov . 1963 .
- (١٧٣) Trib. adm . de pavis 11 janv . 1962 . G . p 1962 .
- (١٧٤) Luce: Avticle pvecité . j . c . p 1964 . Doct 1827 .
- (١٧٥) Doll: op . cit . p . 303 .
- (١٧٦) Doll : le droit de disposev du cadavreà fes Fin . 1971. p . 71 .
- (١٧٧) Le tribunal administvatif de pavis 11 janv . 1962 . G . p . 305 .
- (١٧٨) Luce : (E .P .) : Levegime juvuduqne des aut opaies et des prelevement (Post movetem) jc . p : 1964 . Doct. 1827 .
- (١٧٩) يستثنى الفرنسيين هؤلاء تكريما لهم Trib . corr . domfront déc . 1945
- (١٨٠) المادة الثانية من القانون ٣٩٦ لسنة ١٩٥٦ في شأن تنظيم السجون المعدل بقانون ١١٩ لسنة ١٩٧٤ .
- (١٨١) Doll : op . cit . p 182 : le cléve : Avticle pvecite . p . 170 .
- (١٨٢) Doll : op ; cit . p 75 .
- (١٨٣) د . حسام الأهواني . المشاكل التي يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٢٢ .
- (١٨٤) د . حسام الأهواني . المشاكل التي يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ٢٢٣ .
- (١٨٥) سورة فاطر الآية ١١ .
- (١٨٦) سورة النحل الآية ٨ .
- (١٨٧) سورة الإسراء الآية ٣٣ .
- (١٨٨) راجع د . عبد الرحيم السكري . نقل وزراعة الأعضاء الآدمية من منظور إسلامي .
- (١٨٩) انظر . الحاج لأحكام القرآن مجلد ٣ ص ٣٠٩ .
- (١٩٠) تفسير القرآن العظيم لابن كثير ج ٣ ص ٥١ .
- (١٩١) روح المعاني للالوس ج ١٥ ص ١١٧ - ١١٨ .
- (١٩٢) راجع د . عبد السلام السكري . نقل وزراعة الأعضاء البشرية . منظور إسلامي ص ٢٠ ، ٢١ .
- (١٩٣) راجع د . عبد السلام السكري . نقل وزراعة الأعضاء البشرية . منظور إسلامي ص ٢٣ ، ٢٤ .
- (١٩٤) سورة الانفطار : آية ٦ ، ٧ ، ٨ .
- (١٩٥) سورة التين : ١ ، ٢ ، ٣ ، ٤ .
- (١٩٦) سورة الملك : ٢٣ .
- (١٩٧) سورة الأسراء : ٨٥ .
- (١٩٨) في ظلال القرآن ص ٢٨١٠ ج ٢١ .
- (١٩٩) في ظلال القرآن ص ٢٨١١ ج ٢١ .
- (٢٠٠) فتح البيان في مقاصد القرآن . ج ١٠ ص ٢٦٢ .

مواضيع

- (٢٠١) فتح البيان في مقاصد القرآن . ج ١٠ ص ٢٦٣ .
- (٢٠٢) سورة ابراهيم آية ٢٤ والنحل : ١٨ .
- (٢٠٣) د . السكري . زراعة ونقل الأعضاء الآدمية . منظور اسلامي عام ١٩٨٨ ص ٢٣ .
- (٢٠٤) سورة الاعراف : آية ١٤٢ .
- (٢٠٥) الجامع لأحكام القرآن مجلد ٥ ص ٢٢٥ .
- (٢٠٦) سورة البقرة : آية ٣٠ .
- (٢٠٧) فتح البيان في مقاصد القرآن ج ١ ص ١٠٣ .
- (٢٠٨) د . السكري . المرجع السابق ص ٢٣ .
- (٢٠٩) سورة التحريم آية ٦ .
- (٢١٠) سورة الانبياء : آية ٢٦ ، ٢٧ .
- (٢١١) فتح البيان في مقاصد القرآن ج ١ ص ١٠٥ .
- (٢١٢) سورة هود : آية ٦١ .
- (٢١٣) سورة الاعراف : آية ٦٢ .
- (٢١٤) سورة الواقعة : آية ٦٣ ، ٦٥ .
- (٢١٥) سورة الواقعة : آية ٧١ ، ٧٢ .
- (٢١٦) في ظلال القرآن ج ١ ص ٥٦ . المرحوم الأستاذ/ سيد قطب :
- (٢١٧) سورة ص : آية ٢٦ .
- (٢١٨) فتح البيان في مقاصد القرآن . لصديق خان ج ٨ ص ١٩٤ .
- (٢١٩) سورة البقرة : آية ٣٣ .
- (٢٢٠) آل عمران : آية ١٩ .
- (٢٢١) الجامع لأحكام القرآن . القرطبي ج ١ ص ٢٣٩ . فتح البيان ج ١ ص ١٠٦ .
- (٢٢٢) مقاصد القرآن ج ١ ص ١٠٦ .
- (٢٢٣) د . عبد الرحيم السكري . نقل وزراعة الأعضاء عام ١٩٨٨ منظور اسلامي ص ٢٨ .
- (٢٢٤) فتح البيان في مقاصد القرآن ج ١ ص ١٠٦ ، ١٠٧ ، سورة البقرة : آية ٣٢ .
- (٢٢٥) سورة المجادلة : آية ١١ .
- (٢٢٦) راجع د . السكري . المرجع السابق ص ٣٢ .
- (٢٢٧) راجع د . السكري . المرجع السابق ص ٣٣ .
- (٢٢٨) سورة يوسف : آية ٤ .
- (٢٢٩) د . السكري . المرجع السابق ص ٣٣ .
- (٢٣٠) سورة البقرة : آية ٣٤ .
- (٢٣١) سورة الاعراف : آية ١١ ، ١٢ .
- (٢٣٢) سورة الكهف : آية ٥٠ .
- (٢٣٣ ، ٢٣٤) سورة ص : ٧١ ، ٧٦ .
- (٢٣٥) روح المعاني ج ١٥ ص ٢٩٣ .
- (٢٣٦) فتح البيان في مقاصد القرآن ج ١ ص ١٠٨ .

مواضع

- (٢٣٧) سورة البقرة : آية ١٦٨ .
 (٢٣٨) روح المعاني للألوس ص ٣٨ . ج ٢ .
 (٢٣٩) المرجع السابق ص ٣٩ ج ٢ .
 (٢٤٠) راجع د . السكري . زرع ونقل الأعضاء الأدمية من منظور إسلامي عام ١٩٨٨ ص ٣٨ .
 (٢٤١) روح المعاني للألوس ج ٢ ص ٣٨ .
 (٢٤٢) تفسير ابن كثير . تفسير القرآن العظيم ج ١ ص ٢٠٣ .
 (٢٤٣) تفسير البيضاوي ص ٣٤ .
 (٢٤٤) سورة النساء : آية ٩٢ .
 (٢٤٥) سورة المائدة : آية ٨٩ .
 (٢٤٦) سورة المجادلة : آية ٣ .
 (٢٤٧) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج ٤ ص ٤١٧ .
 (٢٤٨) فتح الباري شرح صحيح البخاري ج ٤ ص ٤١٨ .
 (٢٤٩) سنن أبي داود ج ١ ص ١٦٢ .
 (٢٥٠) البحر الزخار ج ٤ ص ٣٠٦ .
 (٢٥١) السيل الجرار للشوكاني ج ٣ ص ٣١ .
 (٢٥٢) الفتاوى الهندية ج ٥ ص ١٤٨ .
 (٢٥٣) المبسوط لشمس الدين السرخسي ج ٣ ص ٣ .
 (٢٥٤) راجع نظرية العقد . محمد يوسف موسى ص ٣١٧ ، د . السكري . نقل وزراعة من منظور إسلامي عام ١٩٨٨ ص ٧٢ ، ٧٤ .
 (٢٥٥) سورة المائدة آية ٤٥ .
 (٢٥٦) سورة البقرة آية ١٧٨ .
 (٢٥٧) الجامع لأحكام القرآن مجلد ١ ص ٤ ، ٦ .
 (٢٥٨) فتح الباري ج ١٢ ص ٢٠٤ .
 (٢٥٩) نيل الأوطار للشوكاني ج ٨ ص ١٧٩ ، ١٨٠ .
 (٢٦٠) راجع د . السكري . المرجع السابق ص ٧٧ ، ٧٨ .
 (٢٦١) فتح القدير ج ٦ ص ٤٢٤ .
 (٢٦٢) راجع : لسان العرب لابن منظور مانتى : كتب ويدر .
 (٢٦٣) مقال مفتى الجمهورية في صحيفة الأخبار اليومية العدد الصادر في ١٩٨٩/٢/٩ .
 د . محمد سيد طنطاوي ، وكذلك في صحيفة الأهرام الصادر في ١٩٨٩/٢/٩ .
 (٢٦٤) راجع د . السكري . نقل وزراعة الأعضاء من منظور إسلامي ص ٩٤ عام ١٩٨٨ .
 (٢٦٥) راجع . فتوى د . محمد سيد طنطاوي ، صحيفة الأخبار الصادرة في ١٩٨٩/٢/٩ .
 (٢٦٦) راجع . فتوى د . محمد سيد طنطاوي . صحيفة الأخبار الصادرة في ١٩٨٩/٢/٩ .
 (٢٦٧) قوانين الأحكام الشرعية ص ١٩٤ . كشف القناع ج ٦ ص ١٩٨ . المفتى لابن قدامة ج ٨ ص ٦٠١ .
 (٢٦٨) سورة البقرة : آية ١٩٥ .

هوامش

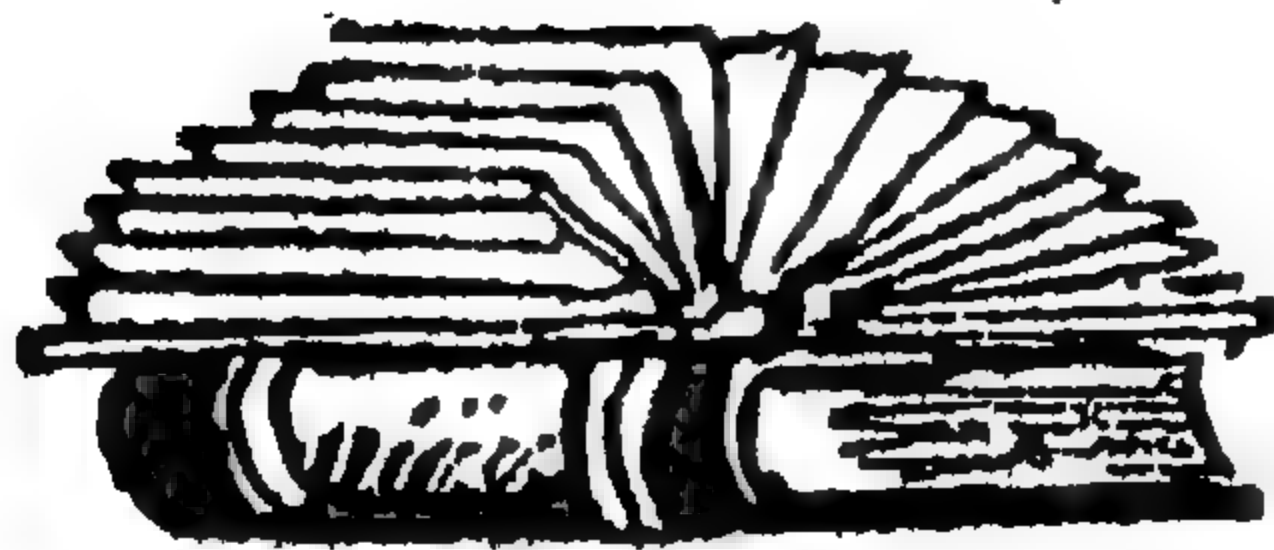
- (٢٦٩) سورة النساء : آية ٢٩ .
 (٢٧٠) نهاية المحتاج ج ٨ ص ١٦٣ .
 (٢٧١) شرح الأزهار ج ٤ ص ٩٧ .
 (٢٧٢) سورة النحل : آية ١١٥ .
 (٢٧٣) حاشية الجمل ج ٥ ص ٢٧٩ .
 (٢٧٤) المحلى لابن حزم الظاهري ج ٨ ص ١٣٤ .
 (٢٧٥) راجع المرجع السابق ص ١٣٥ .
 (٢٧٦) مغنى المحتاج ج ٤ ص ٣٠٧ ، ٣١٠ .
 (٢٧٧) حاشية ابن عابدين ج ٦ ص ٣٣٨ .
 (٢٧٨) سورة يونس : آية ٢٤ .
 (٢٧٩) فتوى د . محمد سيد طنطاوى مفتى الجمهورية منشور في جريدة الأخبار الصادر في ١٩٩٠/٢/٩ .
 (٢٨٠) سورة البقرة : آية ١٩٥ .
 (٢٨١) سورة النساء : آية ٣٠ .
 (٢٨٢) سورة النساء : آية ٣٠ .
 (٢٨٣) سورة ص : آية ١٧٥ .
 (٢٨٤) اجتوا المدينة أى استوخموها .
 (٢٨٥) المشاقى : جمع مشقى وهو السهم العريض الفصل .
 (٢٨٦) البراجم : مفاصل الإصبع .
 (٢٨٧) شخبت يداه : انفجرت بالدماء .
 (٢٨٨) نيل الأوطار للشوكاني ج ٧ ص ١٩٨ - ١٩٩ .
 (٢٨٩) نيل الأوطار ج ٧ ص ٢٠٣ .
 (٢٩٠) فتح البارى شرح صحيح البخارى ج ١١ ص ٥٨٦ .
 (٢٩١) صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٨ .
 (٢٩٢) مجمع الأنهر ج ٢ ص ٥٢٨ .
 (٢٩٣) صحيفة اللواء الإسلامى ١٩٨٦/٣/٢٠ . فضيلة الشيخ جاد الحق .
 (٢٩٤) صحيفة اللواء الإسلامى ١٩٨٦/٣/٢٠ بيان للامام الأكبر الشيخ جاد الحق .
 (٢٩٥) قضايا معاصرة - فى الفقه الإسلامى ومرونته . نفس المؤلف . مجلة روز اليوسف .
 (٢٩٦) نفس المصدر السابق .
 (٢٩٧) راجع د . أحمد عمر هاشم . اللواء الإسلامى ١٩٨٧/٢/١٩ ص ١ - ٥ .
 (٢٩٨) راجع د . عبد الرحمن النجار . باب أسألوا أهل النكر . المصاء فى ١٩٨٧/١/٣ .
 (٢٩٩) راجع د . محمد سيد طنطاوى مفتى الجمهورية . صحيفة الأهرام ١٩٨٧/٧/١٣ .
 (٣٠٠) راجع د . حمدى عبد الرحمن فكرة الحق عام ١٩٧٩ ص ٤٨ - ٥٠ .
 (٣٠١) أنظر سورة الإسراء : آية ٨٥ .
 (٣٠٢) صحيح البخارى ج ٣ ص ٢٨ .
 (٣٠٣) تفسير أصول الفقه . د/ بدر عبد الباسط ج ٢ ص ٣٠٩ .

مراجع

- (٣٠٤) د . السكري : زرع الأعضاء من منظور إسلامي ص ١٥٠ .
- (٣٠٥) د . السكري : ذات المربع ص ١٥٠ .
- (٣٠٦) مقال فضيلة د . محمد سيد طنطاوي . صحيفة الأهرام العدد الصادر في ١٩٨٩/٢/٩ .
- (٣٠٧) سورة البقرة : آية ١٧٣ .
- (٣٠٨) سورة النحل : آية ١١٥ .
- (٣٠٩) نيل الأوطار ج ٥ ص ٢٣٥ .
- (٣١٠) د . السكري . زرع الأعضاء من منظور إسلامي عام ١٩٨٨ ص ١٨٠ وما بعدها .
- (٣١١) يقصد بالحجامة : المص : أي مص الدم من موضع إنسان أو غيره بواسطة آلة يجمع فيها دم الحجامة عند المص .
- (٣١٢) فائدة الحجامة كثيرة : منها علاج أمراض الدورة الدموية ، ضغط الدم - التهاب عضلة القلب . تخفيف آلام الذبحة الصدرية . [راجع الطب من الكتاب والسنة . د . عبد المعطي قلعجي ص ٤١ . دار المعرفة بيروت .
- (٣١٣) سورة المائدة : آية ٣ .
- (٣١٤) سورة البقرة الآية : ١٧٣٠ .
- (٣١٥) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج ١٠ ص ٣١٤ .
- (٣١٦) جريدة الجمهورية المصرية العدد الصادر في ١٩٨٩/١٠/٢٢ .
- (٣١٧) المجموع للنووي ج ٩ ص ٢٠٤ .
- (٣١٨) راجع د/ السكري . زرع الأعضاء من منظور إسلامي عام ١٩٨٨ ص ١٩٨ .
- (٣١٩) نيل الأوطار ج ٧ ص ١١٧ ، ١١٩ .
- (٣٢٠) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٧١ .
- (٣٢١) راجع دار السكري - المرجع السابق ص ٢٠١ .
- (٣٢٢) المغني لابن قدامة ج ٤ ص ٢٨٨ .
- (٣٢٣) د . السكري . زرع الأعضاء من منظور إسلامي عام ١٩٨٨ ص ١٩٣ .
- (٣٢٤) حاشية ابن عابدين ج ٥ ص ٧١ .
- (٣٢٥) قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٨٢ .
- (٣٢٦) شرح النووي على صحيح مسلم ج ١٤ ص ١٠٣ .
- (٣٢٧) صحيح البخاري بشرح فتح الباري ج ١٠ ص ٣٧٤ .
- (٣٢٨) سبل السلام ج ٣ ص ١٤٤ .
- (٣٢٩) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٢٤١ .
- (٣٣٠) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٤ ص ١٠٨ .
- (٣٣١) المرجع السابق ص ١٠٩ .
- (٣٣٢) البحر الزخار ج ١ ص ٤٩ .
- (٣٣٣) صحيح مسلم بشرح النووي ج ١٥ ص ٨٢ .
- (٣٣٤) الكنز للزيلعي ج ٤ ص ٥١ ، فتح البدير ج ٦ ص ٤٢٦ .
- (٣٣٥) نيل الأوطار للشوكاني ج ٦ ص ٣٤٢ .
- (٣٣٦) الكنز للزيلعي : ج ٥ ص ١٩١ .

مواضيع

- (٣٣٧) الفتاوى الهندية : ج ٥ ص ٣٥٤ .
 (٣٣٨) كشف القناع : ج ٢ ص ١٤٦ .
 (٣٣٩) الأحكام للإمام الشافعي : ج ١ ص ٢٧٧ ، ٢٧٨ .
 (٣٤٠) شرح الأزهار : ج ١ ص ٤٤٤ .
 (٣٤١) د . السكري . زرع الأعضاء من منظور إسلامي عام ١٩٨٨ ص ٢٢١ .
 (٣٤٢) راجع د/ السكري . زرع الأعضاء من منظور إسلامي عام ١٩٨٨ ص ٢٢٣ .
 ويرى أن المثلث وردت بمعاني متعددة في أكثر من موضع في القرآن والسنة : فهي بمعنى العبرة لقوله تعالى «فجعلناهم سلفاً ومثلاً للآخرين» وتون بمعنى القيام والانتصاب كما ورد في الحديث «من سره أن يمثل له الناس قياماً فليتبوء مقعده من النار» وقد تكون بمعنى الزوال عن الموضع لقوله تعالى «وقد ضللت من قبلهم المثلثات» .
 (٣٤٣) سورة المائدة آية : ٣١ .
 (٣٤٤) روح المعاني للألويس : ج ٦ ص ١١٥ - ١١٦ .
 (٣٤٥) سورة عيسى : آية ٢١ .
 (٣٤٦) الجامع لأحكام القرآن مجلد ٣ ص ٧٠١٠ .
 (٣٤٧) كشف القناع : ج ٢ ص ١٠٤ .
 (٣٤٨) ابن حزم المحلى : ج ٧ ص ٤٢٧ ، ص ٣٩٩ .
 (٣٤٩) د/ حسام الأهواني : المشاكل القانونية التي يثيرها زرع الأعضاء عام ١٩٧٥ ص ١٥٥ .
 (٣٥٠) د . حسام الأهواني : ذات المرجع ص ١٥٦ .
 (٣٥١) فتوى رقم ١٨٨ من مفتى الديار المصرية بتاريخ ٥ فبراير عام ١٩٧٤ - وفتوى مفتى جمهورية مصر العربية المنشور في جريدة الأهرام المصرية بتاريخ التاسع من فبراير عام ١٩٩٠ .
 (٣٥٢) الحديثين منشورين في مقال مفتى جمهورية مصر العربية . صحيفة الأهرام بتاريخ ١٩٨٩/٢/٩ .
 (٣٥٣) مقال جريدة الأهرام المصرية . د/ عاطف المغربي عدد صادر في ١٩٨٩/٢/١٠ «بنوك العيون في مشكلة الانتظار» .
 (٣٥٤) ذات المقال السابق . د . محمد إبراهيم مدير بنك العيون الدولي ١٩٨٩/٢/١٠ .



في رحاب الله

بكل الحزن والأسى .. وبكل الإيمان بقضاء الله وقدره لا
 ينزع مجلس النقابة زملاء أعزاء انتقلوا إلى رحمة الله
 تعالى .. افتقدتهم المآباً ومكانها لها سنداً .. ويتضرع
 المجلس إلى العلي القدير أن يتغمدهم برحمته وأن
 يسكنهم فسيح جناته .. وأن يلهم أسرهم وزوجهم
 وزملاءهم الصبر والسلوان.

المحامي	الأستاذ / صلاح عبد الحليم الشافعي
المحامي	الأستاذ / يحيى عبده الهلالي
المحامي	الأستاذ / يوسف ابراهيم زكي كاشف
المحامي	الأستاذ / عبد القادر ابراهيم العايدى
المحامي	الأستاذ / صلاح مغيث
المحامي	الأستاذ / محمود سويلم
المحامي	الأستاذ / حسن أحمد بغدادى

تنويه

نشر بالعددین السابع والثامن سبتمبر واکتوبر ١٩٨٩ من صفحة ٧٧ إلى ٨٤ بحث بعنوان مشروعیة استخدام العقاقیر المخدرة فی الاستجواب وقد سقط سهوا اسم الأستاذ الباحث لهذا المقال ونود أن ننوه أن هذا البحث يخص الأستاذ عاطف عوض برسوم - الباحث القانونى بمصلحة الشهر العقارى لذا لزم التنويه .

فهرس العدد

الصفحة

تقديم :

للسيد الأستاذ عصمت الهوارى - سكرتير التحرير

- وكيل نقابة المحامين ١

أولاً : الأحكام

● من قضاء المحاكم ٣

ثانياً : الأبحاث

● الرقابة القضائية على سلطة التشريع الاستثنائية لرئيس الجمهورية فى غيبة السلطة التشريعية

للسيد الأستاذ / حسين محمد البسومى - المحامى ٢٢

● دور النيابة العامة فى مسائل الأحوال الشخصية

للسيد الأستاذ / خالد شهاب - المحامى ٢٥

● ضوابط وحدود إثبات الحق المدنى أمام القضاء الجنائى

للسيد الأستاذ / صلاح الدين جمال عبد الرحمن - المحامى ٣٣

● تظهير سند الشحن فى ضوء المادة ٢٠٣ / ٢ من قانون التجارة البحرية الجديد - دراسة فى أساليب تداول سند الشحن تداولاً ناقلاً للحقوق الثابتة وماهية هذه الحقوق

للسيد الأستاذ / طاهر حزين - المحامى بالنقض ٤٣

● ميراث الأم مع الأدلة والأمثلة

للسيد الأستاذ / عبد المعز أحمد حسن عامر ٧٤

● مشروعية التصرف فى جسم آدمى

فى القانون الوضعى والفقہ الاسلامى

للسيد الدكتور / سعيد عبد السلام - كلية الحقوق - جامعة المنوفية ٧٩

رقم الايداع ٢٦١٠

دار الطباعة الحديثة
أول شارع الجيش - القاهرة
تليفون ٩٠٨٣١٨

مقالات
في
كلمات

يولد بعض الناس عظماء ، وينتحل آخرون العظمة ، بينما
تساق اغتصاباً لفريق ثالث .

شكسبير

★ ★ ★

الحرية شيء ينتزعه الرجل لنفسه انتزاعاً ، لأنها لن تكون يوماً شيئاً
نستجديه .

جان جاك روسو

★ ★ ★

العدل جنة المظلوم وجحيم الظالم .

أمير المؤمنين عمر بن الخطاب

★ ★ ★

أنت صديقي .. ولكن الحق أولى منك بال صداقة .

أرسطو

★ ★ ★

ماذا يجديك أن تملك الدنيا إذا فقدت ضميرك .

حكيم

★ ★ ★

كل شريعة تؤسس على فساد الأخلاق هي شريعة باطلة .

الزعيم خالد الذكر سعد زغلول

★ ★ ★

إذا انفرد حاكم بالسلطة كان حكمه ديكتاتورياً استبدادياً مهما كانت مكانته
الشعبية ، ولو كان وصوله إلى الحكم نتيجة انتخاب شعبي ومباشر .

المغفور له الأستاذ الجليل النقيب

مصطفى البرادعي

★ ★ ★

حياتي هي رسالتي .

المهاتما غاندي

قالوا عن المحاماة

لا يكفي أن يكون المحامي دارساً للقانون ، بل لابد
أن يكون على خلق عظيم ، لذلك فإن الاشتغال
بالمحاماة لابد أن يكون محرماً على من تنحى عن
الدفاع عن الوطن ، أو تنصّل من القيام بأية خدمة
وطنية ، أو عرف بفساد الخلق ، أو علقت به ريبة أو
شبهة .

الأستاذ الجليل المغفور له
حسن الجداوى المحامى

دار الطباعة الحديثة
ت : ٩٨٣١٨



Bibliotheca Alexandrina



0542532